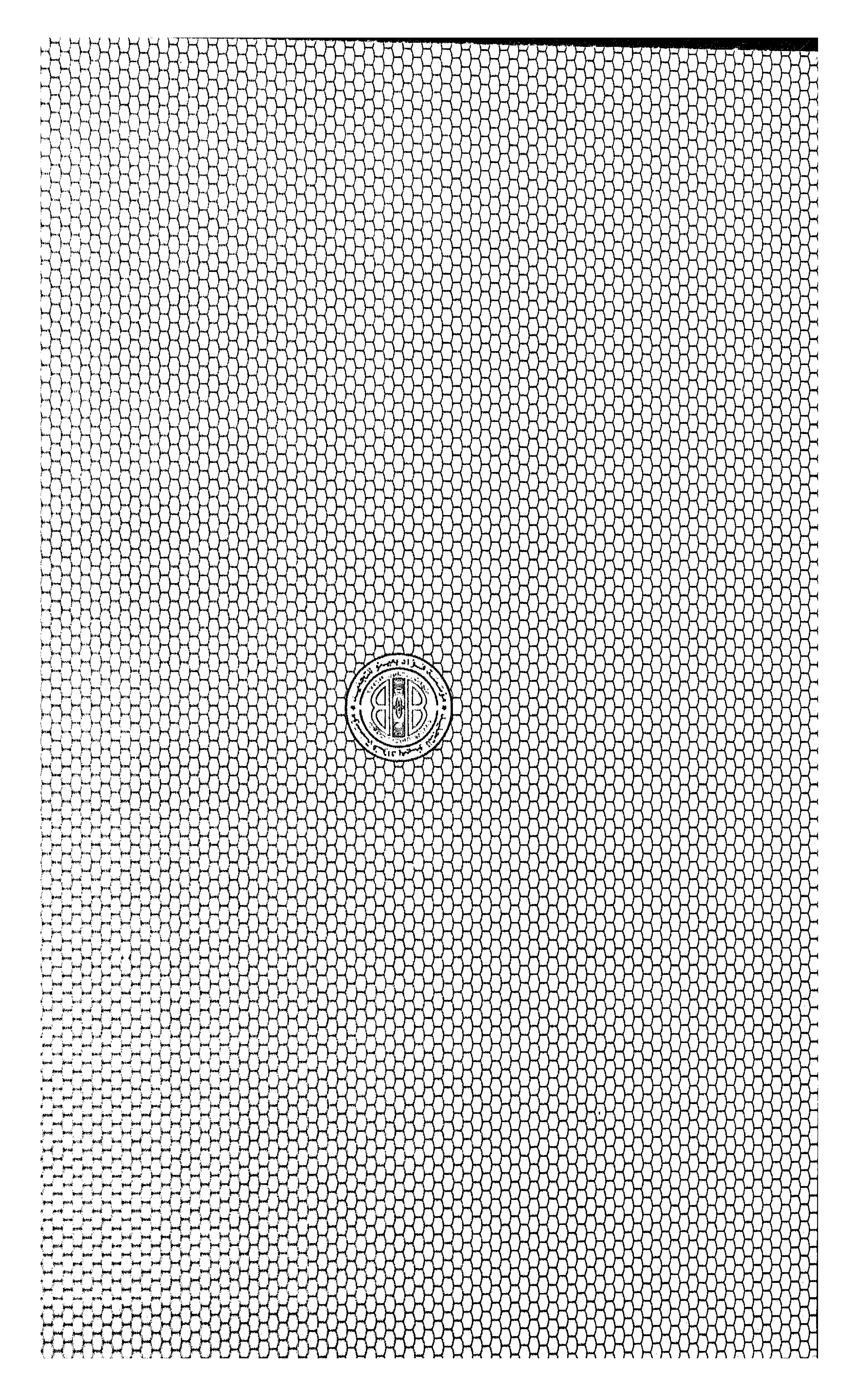
جواهر الكلام

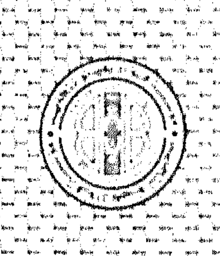
في شرح شرائع الإسلام

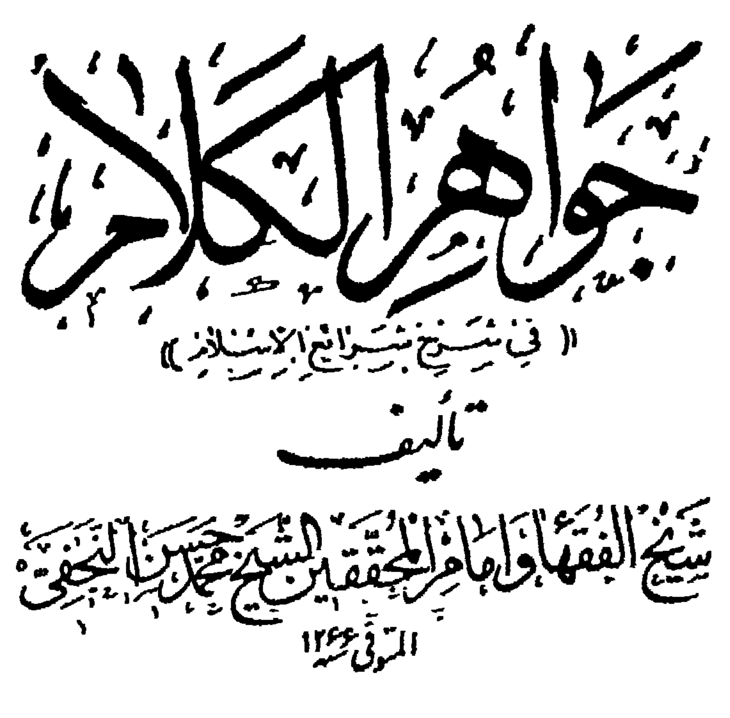
تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

دار إحياء التراث العربي
بيروت







الجزء السادس والعشرون

حققه و علق عليه ...

طبع على نفقة

دار إحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١ م

الطبعة السابعة

حمداً خالداً لوليّ النعم حيث أسعدني بالقيام بنشر هذا السفر القيم في الملأ الثقافي الديني بهذه الصورة الرائعة.

و لروّاد الفضيلة الذين وازرونا في انجاز هذا المشروع المقدّس شكر متواصل.

الاخوندى

كتاب الحجر

﴿ الحجر ﴾ مثلثا لغة ﴿ هو المنع ﴾ والتضييق ومنه سمي الحرام حجراً لما فيه المنع قال الله تعالى [1] « ويقولون حجراً محجوراً » أي حراماً محرماً وسمي العقل حجراً ، لانه يمنع صاحبه من ارتكاب القبيح وما تضر عاقبته ، قال الله تعالى [2] « هل في ذلك قسم لذى حجر » .

﴿ والمحجور شرعاً هو الممنوع ﴾ عند الشرع ﴿ من التصرف في ماله ﴾ ولو البعض ، إذ هو مفرد مضاف لايدل على العموم ، وكذا لفظ التصرف ، ولكن يصلح له إن أريد به ، فيشمل حينئذ المريض الممنوع من بعض ماله ، والصبي والمجنون ، والعبد بناء على ملكه والحجر عليه كما مال اليه المصنف سابقاً .

و حينئذ فلايرد ما قيل : من أنه إن أراد جميع المال خرج المريض ، وإن أراد بعضه خرج الصبي والمجنون ، وإن العبد لايملك شيئاً فلايدخل في التعريف ، فلامعنى لذكر الرق من الأسباب ، وان أحداً لايمنع من التصرف في ماله بالأكل والشرب ونحوهما من الأمور الاضطرارية ، إذ قد عرفت أنه ليس في التعريف مايدل على التعميم والتخصيص ، بل من صدق عليه المنع في ماله على أي وجه كان فهو محجور عليه ، و دخول العبد مبني على ما ذهب اليه المصنف كما عرفت .

نعم في المسالك « ربما ينتقض في طرده بالممنوع من التصرف فيه لغصب ونحوه فانه لايسمى محجوراً عليه شرعاً فلو أضاف اليه مايدل على المنع الشرعي كان حسناً » .

(١) سورة الفرقان الاية ـ ٢٢ ـ .

(٢) سورة الفجر الاية ـ ٥ ـ

و فيه ـ بعد سهولة الأمر في نحو هذه التعريفات كما أوضحناه غير مرة ، ولذا تجوّز وعرّف الفلس بهذا التعريف مع أنه أخصّ من الحجر ـ وضوح إرادة المنع الشرعي من الممنوع فيه ، والأمر سهل .

﴿و﴾ كيف كان فتمام ﴿النظر في هذا الباب يستدعى فصلين : الاوّل في موجباته وهي﴾ كثيرة متفرقة في تضاعيف الابواب كالرهن ، والبيع ، والمكاتبة ، والمرتد ، وغير ذلك ، لكن التي جرت عادة الفقهاء بالبحث عنها وعقد كتاب لها (ستة : الصّغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس ، والسفه ﴾ ولعلّ مرجع الصور إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه ، و من يحجر عليه لحق غيره ، فالاوّل الصبّي والمجنون والسفيه ، والثاني الباقي .

ثم الحجر إمّا عام في سائر التصرفات ، أو خاص ببعضها ، والاول إما أن يكون ذا غاية يزول سببه فيها أولا والاوّل الصغر ، والثاني الجنون ، والخاص إما أن يكون فيه مقصوراً على مصلحة المحجور أولا ، والاوّل السّفه ، والثاني إماأن يكون موقوفاً على حكم الحاكم أولا ، والاوّل الفلس ، والثاني المرض ، وباقي الاسباب تعرف بالمقايسة ، والأمر في هذا سهل. إنما الكلام في تفصيل البحث فيها وقد تقدم الكلام في الرق والفلس.

﴿أما الصغير فمحجور عليه ، ما لم يحصل له وصفان : البلوغ والرشد﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل الكتاب والسنة دالان عليه أيضاً ، والمراد بالاوّل الذي هو في اللغة الإدراك بلوغ الحلم ، والوصول إلى حدّ النكاح بسبب تكوّن المني في البدن ، و تحرّك الشهوة والنزوع إلى الجماع ، وانزال الماء الدافق الذي هو مبدأ خلق الأنسان بمقتضى الحكمة الربانية فيه و في غيره من الحيوان لبقاء النوع ، فهو حينئذ كمال طبيعي للانسان يبقى به النسل ، ويقوى معه العقل ، وهو حال انتقال الأطفال إلى حدّ الكمال والبلوغ مبالغ النساء والرجال .

ومن هنا إذا اتفق الاحتلام في الوقت المحتمل حصل به البلوغ ولم يتوقف على بيان الشارع ، فإن البلوغ من الامور الطبيعية المعروفة في اللغة والعرف ، وليس من الموضوعات الشرعية التي لا تعلم إلا من جهة الشرع كالفاظ العبادات ، بل قد ذكر أهل

اللغة في ترتيب أحوال الانسان وأن له بكل حال اسماً مخصوصاً في الرجال والنساء من أوّل الخلقة التي يسمّى به جنيناً إلى حال الشيخوخة في الرجال ، والقلعم والطلطل في النساء .

وعلى كل حال فلا يخفى على من لاحظ كلماتهم ان من المعلوم لغة كالعرف كون الغلام متى احتلم بلغ وأدرك ، وخرج عن حدّ الطفولية ودخل في حد الرجولية وكذا الجارية إذا أدركت وأعصرت فإنها تكون امرأة ، كغيرها من النساء ، نعم يرجع إلى الشرع في مبدء السّن الذي يحصل به البلوغ مثلاً إذا حصل فيه الاشتباه ، بخلاف الاحتلام والحيض والحمل ونحوها مما لاريب في صدق البلوغ معها لغة وعرفاً ، ولو للتلازم بينها .

أما الامور المقارنة له في العادة غالباً كقوة التمييز وغلظ الصوت وشق الغضروف ونتوّ الحنجرة ونهود الثدي ونحو ذلك ، فأقصاها إفادة الظن بحصوله لعدم ثبوت التلازم المورث للقطع ، ولا دليل على اعتباره في المصداق ، بل الدليل على خلافه قائم ودعوى أنها كانبات الشعر الخشن على العانة ـ يدفعها أن الفارق بينهما الدليل .

{و} كيف كان فلا ريب في أنه {يعلم بلوغه} أي الصغير {بانبات الشعر الخشن على العانة} التي هي حول الذكر والقبل {سواء كان مسلماً أو مشركاً} خلافاً للشافعي في أحد قوليه ففي حق الكفار خاصة لكونه علامة مكتسبة تستعجل بالمعالجة ، وإنما اعتبرت في الكفار لانتفاء التهمة بالاستعجال في حقهم ، ولأنه لا طريق إلى معرفة بلوغهم سوى ذلك بخلاف المسلمين ، لجواز الرجوع إليهم في معرفة المولد والجميع كما ترى ، إذ الاستعجال قائم في الفريقين ، ولا حاجة إلى هذه الملازمة . فإن الاحتلام والسّن كذلك مما يشتبه الأمر فيهما بخلافها ، مضافاً إلى ما ستعرفه من إطلاق الأدلة ، ولذا اتفق أصحابنا ظاهراً على خلافه .

نعم ربما نسب ذلك إلى الشيخ ولم نتحققه ، بل قال في الخلاف « الانبات دليل على بلوغ المسلمين والمشركين باجماع الفرقة » وفي التذكرة « انبات هذا الشعر دليل على البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في

أحد قوليه » و قال أبو حنيفة « إنه لااعتداد بالإ نبات مطلقا ، لأ نه كغيره من الشعر، الرأس والبدن » .

ويدل عليه ـ مضافاً إلى ماعرفت مؤيّداً بالعادة ـ الأخبار المروية من الطرفين فمن طريق الجمهور ما روي [1] « أن سعد بن معاذ لما حكم على قريضة كان يكشف عن عورات المراهقين ، و من أنبت منهم قتل ، و من لم ينبت جعل في الذّراري » .

وما روي عن عطية القرضي [2] «قال» : عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وآله يوم قريضة، وكان من أنبت قتل ، ومن لم ينبت خلى سبيله ، فكنت فيمن لم ينبت فخلى سبيلي».

و من طريق الاصحاب خبر أبي البختري [3] « عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم يومئذ على العانات ، فمن وجده قتله ، ومن لم يجده أنبت ، الحقه بالذراري » .

و ما في خبر حمزة بن حمران [4] عن أبي جعفر عليه السلام « من أن الغلام لايجوز أمره في الشراء والبيع ، ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ خمس عشر سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت » و ما في خبر يزيد الكناسي [5] «أن الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك وبلغ خمس عشر سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته » .

وفي المحكي عن تفسير علي بن ابراهيم [6] في قوله تعالى « وابتلوا » إلى آخره « قال : و من كان بيده مال بعض اليتامى فلايجوز له أن يعطيه حتى يبلغ النكاح و يحتلم ـ إلى أن قال ـ و إن كانوا لايعلمون أنه قد بلغ فانه يمتحن بريح إبطه أو

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٨ .

(٢) المستدرك ج ـ ١ ـ ص ـ ٧ ـ .

(٣) الوسائل الباب ـ ٦٥ ـ من ابواب جهاد العدو الحديث ـ ٢ ـ والباب ـ ٢ ـ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ـ ٨ .

(٤) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من ابواب مقدمات العبادات الحديث ـ ٢ ـ .

(٥) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب عقد النكاح الحديث ـ ٩ ـ

(٦) المستدرك ج ـ ٢ ـ ص ٤٩٦ .

نبت عانته ، فإن كان ذلك فقد بلغ » بناء على أن الضمير في قوله - قال - راجع الى الصادق عليه السلام المذكور في الآية السابقة كما عن الصافي(١) روايته عنه مسنداً إليه ولعله وجده كذلك فيما وصل اليه من النسخ ، وإلا كان من كلامه على عادة القدماء ، و هو وإن لم يكن حجة لكنّه لايخلو من تأييد ، وعلى كل حال فلاينبغي التوقف في أصل الحكم .

نعم قد يشكل عمومه للاناث بظهور النصوص في الذكور خاصة ، بل قد يظهر من بعض الاصحاب اختصاصها بهم و ان لم يعرف نقل الخلاف في ذلك ، لكن قد عرفت العموم في معقد اجماعي الخلاف والتذكرة ، بل صرّح اصحابه و إن لم يكن في العقد المزبور مؤيداً بتتبع اكثر العبارات و بأن الانبات أمارة طبيعيّة اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الأدراك فلايختلف ، وبقضاء العادة بتأخر انبات هذا الشعر عن تسع سنين بكثير ولعلّ ذلك هو السّبب في ترك التعرض له في النصوص ، لندرة الاحتياج اليه فيهن كالاحتلام .

و انما اعتبر الاصحاب الخشونة مع عدم التقييد به في النصوص لمعلومية عدم اعتبار الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر ، ولأن الخشن هو المعهود في اختبار البلوغ فيحمل عليه الاطلاق لوجوب صرفه إلى المعهود .

والتقييد بالعانة لاخراج سائر الشعور فلايكون دليلاً على البلوغ ، وفي المسالك « لاعبرة بها عندنا ، وان كان الأغلب تأخرها عن البلوغ ، إذ لم يثبت كون ذلك دليلاً شرعا خلافا لبعض العامة » قلت: هو فوّاه في صوم الروضة فقال : « و في إلحاق إخضرار الشارب و نبات اللحية بالعانة قول قوي » و قال الشيخ في المبسوط في كتاب الحجر : « لاخلاف أن نبات اللحية لايحكم بمجرده بالبلوغ ، وكذلك ساير الشعور ، و في الناس من قال إنه علم على البلوغ و هو الاولى ، لأنه لم تجر العادة بخروج اللحية من غير بلوغ » وفي كتاب الصوم « وحدّه - أي البلوغ - الاحتلام في الرجل ، والحيض في النساء ، والانبات والاشعار » إلى آخره .

---

(١) تفسير الصافي ج ١ ص ٣٢٢ طبع اسلامية ١٣٩٣ .

وفي النهاية « وحدّ بلوغ الصبي إمّا بأن يحتلم أو يكمل عقله أو يشعر » وعن ابن البراج في المهذب « وحدّ بلوغ الغلام احتلامه أو كمال عقله أو يشعر » و في التحرير «الأقرب أن انبات اللحية دليل على البلوغ ، أما باقي الشعور فلا » وحكى في التذكرة عن الشافعية وجهين في الحاق اللحية والشارب بالعانة ، أحدهما الالحاق ثم قال : «ولا بأس به عندي بناء على العادة القاضية بتأخر ذلك عن البلوغ ، بل هو لا يخلو من قوة للعادة ، وللخبرين السابقين الذين لا يقصر سندهما عن حجية اخبار الآحاد ، فينقطع الاصل حينئذ بهما .

وأمّا ما قيل ـ من أنه لو كان علامة لاستغني بها عن اختبار شعر العانة ، بل لم يجز الكشف عنها ـ فضعفه ظاهر ، ضرورة خروج العانة عن العورة أولا ، وعدم الاستغناء عنها لتقدم نباتها على اللحية والشارب ، بل يقوى الحاق العذار والعارض والمنفقة و نحوها بهما ، لعموم المستند ، إلاّ أن ظاهر باقي الأصحاب الاختصاص بالعانة ، بل هو صريح بعضهم ، ولذا اقتصروا عليها في العلامات ، ويمكن أن يكون ذلك منهم لتأخر نباتهما عن البلوغ عادة بكثير ، و مدارهم على ذكر العلامات النافعة عند الاشتباه ، لا حال معلومية البلوغ الحاصلة غالباً نباتهما بحيث لا يحتاج إلى استناد العلامات ، و خرق العادات لا ينافي الاطمينان المعتبر في الأحكام الشرعية .

نعم لاعبرة بسائر الشعور عدا ما عرفت في ظاهر كلام الأصحاب ، للاصل و عمومات الكتاب والسنّة من غير معارض يعتدبه ، وفي التذكرة «ولا اعتبار بشعر الابط عندنا ، وللشافعي فيه وجهان » ومن ذلك يعلم شذوذ ما في بعض الاخبار من عدّ شعر الأبط من العلامات ، وإلاّ فنصوص الاشبار خاصة يمكن حملها على الارادات خاصة ، أو مع غيره مما عرفت من اللحية و الشارب و نحوهما .

وكيف كان فقد استفيد من المتن هنا والصوم والتاسع في المقام كونه بلوغاً لا دليلاً على سبقه كالحمل ، بل في مفتاح الكرامة نسبته الى صريح التهذيب ، وصوم المبسوط وحدوده ، و وصايا النهاية والمهذب ، وخمس الوسيلة ، وصوم السرائر ، و وصاياها ، وكشف الرموز ، وصوم الجامع ، وحجره ، وجهاد المنتهى ، والتذكرة ، وصوم التحرير

وحجره وحجر الارشاد والتبصرة ، وصوم اللمعة و الروضة ، ومجمع البيان و جامع الجوامع ، والغنية و كنز العرفان و الجعفرية ، بل في الغنية و ظاهر حدود المبسوط ومجمع البيان و نوادر قضاء السرائر و كشف الرموز و كنز العرفان وصوم المسالك الاجماع عليه .

لكن لم اتحقق كثيراً من نسب إليهم ذلك ، وانما في كثير منها ظهور بل اشعار لا يثق به الفقيه ، لأنهم ليسوا بصدد بيان ذلك ، على أن جملة منها كالمبسوط والتذكرة والتحرير والمسالك قد صرّحت في مقام آخر بأنه دليل لا بلوغ ، ومنه يعلم عدم الوثوق بتلك الإشارات ، وأنها لم تسق لبيان ذلك ، بل عنون بعضهم البحث بمثل هذه العبارات التي ادعي ظهورها في البلوغ ، ثم صرّح بعد ذلك بأنه دليل لا بلوغ ، فعلم عدم إرادتهم من أمثال تلك العبارات ذلك .

و يؤيّده أن العلامة الطباطبائي على شدة تتبعه في المسألة حتى أنه حكى عبارات القوم بألفاظها على طولها و تفرقي كل واحدة منها قد اعترف بأنه لم يجد بهذا القول مصرحاً من الاصحاب ، قال: وإنما حكاه العلامة في التذكرة عن الشافعي في أحد وجهيه ، لكنه ظاهر ابن حمزة وابن ادريس والمحقق بل يؤيّد أيضاً أنه في المسالك نسب القول بكونه دليلاً إلى المشهور، ولو صحّت النسبة المزبورة كان الأمر بالعكس، لانه نسب القول الثاني أي أنه دليل لا بلوغ في الكتاب المزبور إلى حجر المبسوط ، و الخلاف ، و حجر التذكرة ، و كشف الحق ، وجامع المقاصد ، و المسالك ، وظاهر الايضاح ، ولا ريب في أن الشهرة حينئذ بالعكس ، و من الغريب دعواه أن الشيخ في الخلاف ادعى الاجماع عليه ، ومن لاحظ عبارة الخلاف قطع بأنه ليس في صدد ذلك ، وإنما بحثه مع الشافعي .

وكيف كان فلا ريب أن الأقوى كونه دليلا لا بلوغاً قيل: لتعليق الأحكام في الكتاب والسنّة على الاحتلام ولأن البلوغ غير مكتسب ، و الإنبات قد يكتسب بالمعالجة ، وفيهما نظر واضح ، و الأولى الاستدلال بأنه تدريجي الحصول ، و البلوغ لا يكون كذلك ، و عدم معلومية أول آنات تحقق الشعر الخشن ، وقضاء العادة بتأخره عنه ،

وكذلك الكلام فيما الحق به من الشعر، وتظهر فائدة الخلاف في قضاء مايجب قضاؤه من العبادات، وفي نفاذ اقراره وتصرفاته المتقدمة على الاختبار بزمان يعلم عدم تأخر بلوغه عنه والله اعلم.

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ بـ ﴿خروج المني الذي يكون منه الولد من الموضع المعتاد كيف كان﴾ بلاخلاف من المسلمين، فضلاً عن المؤمنين، بل الاجماع بقسميه عليه، مضافاً الى الكتاب والسنّة المستفيضة قال الله تعالى[1] «و إذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا»[2] «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح»[3] «و لاتقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشدّه» وقال الصادق عليه السلام في خبر هشام بن سالم[4] «انقطاع يتم اليتيم الاحتلام، وهو أشدّه» وقال في موثق ابن سنان[5] «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى حتى إذا بلغ أشدّه قال: الاحتلام».

و في النبوي[6] الذي رواه المخالف و المؤالف بل عن ابن ادريس أنه مجمع على روايته «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى ينتبه» و في المحكي عن الخصال [7] انه روى باسناده عن ابن ظبيان قال أتي عمر بمجنونة قد زنت فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام: أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ».

وعلى كل حال فهو حديث مشهور رواه الفريقان وذكره اصحابنا في كتب الفروع والامامة في مطاعن الثلاثة و في الفقيه[1] «عن حماد بن عمرو وانس بن محمد عن أبيه جميعاً

---

(١) سورة النور الاية -٥٩-.

(٢) سورة النساء الاية -٦-.

(٣) سوره الاسراء الاية -٣٤-.

(٤) الوسائل الباب -١- من ابواب الحجر الحديث -١-.

(٥) الخصال ج١ ص ٨ الوسائل الباب - ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث -٨-.

(٦) مستطرفات السرائر سنن البيهقي ج ٦ ص ٥٧.

(٧) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -١١-.

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه وآله لعلي[1] « يا علي لايتم بعد احتلام» وفي المصابيح رواه الشيخ في المبسوط وغيره ، وهو أيضاً من الأحاديث المشهورة المتلقاة بالقبول والمرسل فيه[2] أيضاً « على الصبي إذا احتلم الصيام ، وعلى المرأة إذا حاضت الصيام» وخبر طلحة بن يزيد[3] عن الصادق عليه السلام « إن أولاد المسلمين الموسومون عند الله بشافع ومشفع فإذا بلغوا اثنى عشر كتبت لهم الحسنات ، فإذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات» ، وخبر[4] علي بن جعفر عن اخيه المروي عن قرب الاسناد «سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال: إذا احتلم وعرف الأخذ والإعطاء »

الى غير ذلك من النصوص التي لا يقدح تعبيرها بالاحتلام كبعض الاصحاب ، للقطع بعدم ارادة خصوصية بل قيل المراد منه هنا خروج المني مطلقا ، سواء كان في النوم أو اليقظة ، و ليس المراد منه معناه اللغوي الذي هو الرؤية في المنام ، فإنه قد يتحقق بدون خروج المني كما أن خروج المني ربما يتحقق بدونه ، والعبرة حينئذ في البلوغ بالخروج دون الرؤية .

ولعله لذا جعل الحمل دليلاً على سبقه في الأنثى ، لكونه مسبوقاً بالانزال، وقد سمعت قول الله تعالى[5] « حتى إذا بلغوا النكاح » فإنه لوكان الاعتبار بالاحتلام لزم أن لا يتحقق البلوغ في الرجال مالم يتحقق الاحتلام ، و إن نكحوا و أولدوا وهو واضح البطلان ، بل قد يقوى كون الملازمة الاستعداد لخروج المني بالقوة القريبة من الفعل ، و ذلك بتحريك الطبيعة و الاحساس بالشهوة سواء انفصل المني معه عن الموضع المعتاد أو لم ينفصل ، لكن بحيث لو أراد ذلك بالوطيء أو الإستمناء تيسر له ذلك .

وكونه شرطاً في الغسل لايقضي بكونه كذلك في البلوغ ضرورة دوران الأمر في الاول على الحديثة المتوقف صدقها ولو شرعاً على الخروج ، بخلاف الثاني الذي

(١و٢) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -٩-١٠ .

(٣و٤) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -١- ٦- .

(٥) سورة النساء الاية -٦-

هو أمر طبيعي لايختلف بظهور الانفصال وعدمه ، خصوصاً مع تهيؤ النطفة للانعقاد ، بل تكوّن الولد في الانثى لايكاد يتحقق معه الخروج إلى خارج ، بل من المفسرين أن المراد بقوله تعالى[1] «بلغوا النكاح» شهوة النكاح والوطء والقدرة على الانزال ، بل قدعرفت سابقاً أن البلوغ من موضوعات الأحكام الشرعية التي مرجعها العرف و العادة ، ومثل هذا لاشك في كونه بالغاً فيهما ، و إنّما يتعين الرجوع إلى الشرع في تحديد الموضوعات مع الشك ، دون اليقين الذي قد عرفت حصوله في المقام ، وقد أومأنا سابقاً إلى أن البلوغ حال في الانسان بل مطلق الحيوان يخرج بها من حدّ الطفولية إلى غيرها ، وانها ينبعث عنها خروج المني و نحوه ، و إن لم يحصل خروج المني علامة على سبقه ، لاحتمال مقارنة خروجه لتلك الحالة ، فالمدار عليها لاعليه ، فمتى علم حصولها تحقق البلوغ وان لم يحصل الخروج الحسّي .

لكن في عبارات الاصحاب اشتباه على غير المحصّل ، إذ المصنف والفاضل وغيرهما قيّدوا خروج المني بكونه من الموضع المعتاد ، وقال ثاني الشهيدين : «انما اعتبر ذلك مع اطلاق الادلة لوجوب حمل كلام الشارع على ما هو المعهود المتعارف ، خصوصاً وفي بعضها بلوغ النكاح ، وإنما يكون من المعتاد ، فلوخرج من جرح ونحوه لم يعتد به ، والجميع موهم اعتبار ذلك فيه كالغسل» لكن قدعرفت التحقيق فلاحظ وتأمّل كما أنه قديتوهم من المتن ونحوه اعتبار تكون الولد منه ، فلاعبرة بالذي لايتكون منه .

بل في المسالك نسبة هذا الفهم من العبارة إلى جماعة قال : « وفي حاشية الشهيد على القواعد نقلاً عن بعض العلماء يعلم المني الذي منه الولد ممّا ليس منه بأن يوضع في الماء فان طفى فليس ، وإن رسب فمنه الولد . » ولا يخفى عليك فساد هذا التوهم ضرورة كون المعتبرة مطلق خروج المني ، للاطلاق فتكون الصفة في عبارة المتن وغيره كاشفة باعتبار إرادة المنشأيّة ، فلايقدح تخلف التكون من بعض الافراد ، بل لعل المراد التخلف من صنفه فلا يقدح عدمه في بعض الأشخاص كما هو واضح لا يحتاج

الى إطناب.

نعم يشترط في خروج المني كونه في الوقت المحتمل للبلوغ، فلاعبرة بماينفصل بصفته قبل ذلك، كما صرح به بعض الاساطين، بل في التذكرة «البلوغ منوط بخروج المني مع امكانه باستكمال تسع سنين مطلقا عند الشافعي، وعندنا في المرأة خاصة، وأما في جانب الذكر فما وقفت له على حد لاصحابنا ـ إلى أن قال ـ لأن في النساء حدة في الطبيعة وتسارعاً إلى الادراك» وفي المسالك «وحد الإمكان عندنا في جانب القلة في الانثى تسع سنين. وأما في الذكر فما وقفت له على حد يعتد به ـ الى أن قال ـ ولايبعد أن يكون ما بعد العاشرة محتملا» ومقتضى كلامه الامتناع فيما دون العشر، وهو كذلك تمسكاً بمقتضى العادة، وأما ما تجاوز العشر فالظاهر فيه الإمكان، فيحكم بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فيه، عملا بعموم الأدلة فيما لم يثبت امتناعه، بل فيمادل على تحديد السن في الذكور بعشر سنين تنبيه عليه، وكذا مادل على التفريق بينهم في المضاجع بعشر.

نحو خبر القداح[1] عن أبي عبدالله عليه السلام «يفرق بين الغلمان والنساء في المضاجع اذا بلغوا عشر سنين» وخبره[2] عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله «الصبي والصبية يفرق بينهم في المضاجع بعشر سنين» ويؤيد ذلك ما عن الآبي في شرح النافع «كل رواية دلت على البلوغ فيما بين الخمسة عشر والعشر محمولة على ما إذا كان الغلام قد احتلم أو أنبت شعر العانة، توفيقاً بين الروايات، ولأن الاحتلام في تلك السنين قد يقع كثيراً، ولقد شاهدنا من احتلم في ثلاث عشرسنته واثنتي عشرسنته».

وقال بعض الافاضل «ينبغي القطع بالامكان في الثلاثة عشر فما فوقها لقضاء العادة بالاحتلام في ذلك غالباً ولما رواه الشيخ عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا بلغ أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في الأربع عشرة وجب عليه ما وجب على المحتلمين، احتلم أولم يحتلم»[3].

(١و٢) الوسائل الباب ـ٧٤ـ من ابواب احكام الاولاد الحديث ـ٦ـ٢.

(٣) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ـ٣ـ.

و عن عيسى بن زيد[1] عنه أيضاً «قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : يثغر الصبي لسبع سنين ، ويؤمر بالصلوة لتسع ، و يفرّق بينهم في المضاجع لعشر ، ويحتلم لاربع عشرة » قلت على كل حال : لم يظهر له فائدة في الانثى بناء على عدم الحكم به الابعد التسع ومع فرض العلم بها لم يحتج اليه نعم قد يقال : إن الفائدة تظهر في مجهولة السّن ، فإنه إذا خرج المني منها حكم ببلوغها ، و إن لم يعلم قدر سنّها، وكذا في الغلام ، ونظير ذلك قدمناه في باب الحيض ، فلاحظ لكن عليه يكون خروج المني من الانثى دليلاً على البلوغ كالحيض ، لابلوغاً في نفسه ، وهو خلاف كلمات الاصحاب فتأمّل .

ثم لايخفى عليك عدم العبرة بأوصاف المني بعد العلم به ، أما إذا اشتبه فالوجه الرجوع اليها ، لاناطة الحكم بالجنابة و وجوب الغسل بها مع انتفاء العلم ، والسّبب فيها منحصر في الوطيء وانزال المني اتفاقاً، فإذا انتفى الاّول تعيّن الثاني، و يحتمل العدم لان اعتبارها فيهما لايستلزم اعتبارها في البلوغ ، لجواز تقدم الأسباب عليه، ولايثبت بها، لكنه مبني على امكان خروج المني قبل البلوغ ، وفيه بحث بل منع ، لأن الظاهر عدم تكوّنه إلاّ حال وصول الطفل إلى حدّ البلوغ ، كما يؤميء إليه إطلاق مادلّ على أن خروجه علامة البلوغ من النصوص السابقة و غيرها ، ومن ذلك يعرف ما في الكلام السابق - من اعتبار الإمكان في خروج المني احترازا من خروجه في غير زمن الإمكان ، كما إذا كان السّن خمساً أو أربعاً - من النظر و التأمّل اللّهم إلاّ أن يراد الحكم بكونه غير مني ، وان جمع صفاته نحو الدّم الخارج من الجارية قبل التسع ، فإنه ليس بحيض وإن جمع وصفه ، لا أنّ المراد عدم العبرة به وإن كان منياً ظاهراً وواقعاً، حتى يستلزم إمكان خروجه من غير البالغ فتأمّل والله اعلم.

﴿و﴾ كيف كان فلاخلاف بيننا في أنه ﴿يشترك في هذين﴾ العلامتين ﴿الذكور والاناث﴾ وقد عرفت الحال في الأولى ، وأمّا الثانية فقد نص على التسوية المزبورة غير واحد بل في التذكرة «الاحتلام خروج المني ، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه

(١) الوسائل الباب -٧٤- من ابواب احكام الاولاد الحديث -٥- لكن عن أبي عبدالله عليه السلام بلانسبة الى امير المؤمنين (ع) .

الولد ، بلوغ في الرجل و المرأة عند علمائنا أجمع ، ولا نعلم فيه خلافاً في الذكور ، وهو في النساء كذلك ، وللشافعي قول ـ بأن خروج المني من النساء لايوجب بلوغهنّ لأنه نادر فيهنّ ـ ساقط العبرة قال : و إطباق أكثر العلماء على خلاف هذا » وفي المسالك في شرح المتن «هذا عندنا وعند الأكثر موضع وفاق ، » وإنما نبّه به على خلاف الشافعي ـ إلى أن قال ـ وفساده واضح » .

قلت: قديلوح ـ من الفقيه ، و وصايا النهاية ، وصوم المبسوط ، وباب الأوصياء من المهذّب ، ونكاح الوسيلة ، وخمسها ، ونوادر القضاء من السرائر ، موافقة الشافعي ، أو يظهر ، خصوصاً في بعضها لكن ما ذكره من الندرة فيهنّ و انه لايحصل إلاّ بعد العلم ببلوغ التسع جعل للاقتصار عليه في الرجال وجهاً وجيهاً ، بل ولبعض النصوص المقتصر فيه على كونه علامة للرجال ، بل الفقيه الماهر يقطع بكون النص و الفتوى مبنيين على ذلك ، خصوصاً بعد معروفية ذكر الحمل في كلامهم علامة على سبق البلوغ بالانزال ، وخصوصاً بعد تصريح الشيخ وابني حمزة وادريس في مقام آخر بالاشتراك.

فاجماع التذكرة ممايشهد التتبع مع التأمّل بصحته ، فهو الحجة مضافاً إلى عموم[1] « وابتلوا » إلى آخره ،و« لايتم بعد احتلام»[2] واصالة الاشتراك في الاحكام مالم يثبت خلافه ، وماعرفت من أن البلوغ حال طبيعي ينبعث عنها ذلك من غير فرق بين الرجال والنساء ، كما هو المشاهد في العرف ، وإلى ماعن الشيخ والفاضل من أنهما استدلا عليه بما روي[3] ، من أن أمّ سلمة « سألته عن المرءة ترى في منامها مايرى الرجل ، فقال : إذا رأت ذلك فلتغتسل ، » ولكنه مبني على استفادة الفورية المقتضية لثبوت التكليف المشروط بالبلوغ ، والافسببية الاحتلام للغسل بناء على حصوله من الصغير لاينافي عدم البلوغ حال وجود السبب ، كما في الحدث الأصغر والأمر سهل

(١) سورة النساء الاية ـ٦ ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ٤ـ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ـ٩ـ .

(٣) سنن البيهقي ج ـ١ـ ص ـ١٢٧ـ .

بعد قطعية الحكم ، والله أعلم .

﴿و﴾ كذا يعلم البلوغ شرعاً ان لم يكن عرفاً ﴿ بالسن : و هو بلوغ خمس عشرة سنة للذكر﴾ على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً ، كما اعترف بذلك في المسالك ، بل نقلها مستفيض أو متواتر كالاجماع صريحاً وظاهراً على ما في مفتاح الكرامة حيث قال : «كادت تبلغ اجماعات المسألة : اثنى عشر اجماعاً من صريح وظاهر ومشعر به ، بل هو معلوم » .

وربما يشهد له التتبع ، بل ربما يزيد على ذلك مع اطلاق الاشعار لأنه كما حكاه العلامة الطباطبائي عن صريح الغنية ، والظاهر كالنص عن الخلاف و التذكرة . وظاهر مجمع البيان ، وكنز العرفان ، وكنز الفوائد ، والمسالك ، والمسالك الجوادية ، وتلويح المنتهى ، وكشف الرموز ، وتلخيص الخلاف ، ونقد الشرايع . «قضية انحصار المخالف في ابن الجنيد على ما يظهر من المختلف والمهذب البارع و شرح الشرايع و غوالي اللئالي ، وهو مع أنه معلوم النسب لا يقدح في الاجماع ، خصوصاً مع ضعف مأخذه وشدة وهنه وشذوذه ، على أنه لو تطرق المنع إلى الاجماع من خلافه و خلاف بعض متأخري المتأخرين فلا ارتياب في تحققه فيما بينهما حيث ارتفع الخلاف من زمن ابن زهرة إلى زمن ثاني الشهيدين ، كما تشهد به تصانيفهم المضبوطة ، بل قطع بعضهم بالحكم ولم يعتد بخلافه فحكى الاجماع بل نفى الخلاف .

فلا ينبغي للفقيه التردد بعد ذلك في فساد قوله ، بل وما حدث في هذه الأزمنة المتأخرة خصوصاً بعد ملاحظة غير ذلك من الأدلة من الاستصحاب . فان الأصل عدم البلوغ والتكليف ، وبقاء الحجر و الولاية ما لم يعلم الناقل عنه ، ولا يعلم إلا باكمال الخمسة عشر فيكون بلوغاً دون ما قبله ، ولا وجه للمناقشة في الاستصحاب هنا ، بعد كون المطلوب منه إثبات الحكم ، إذ المشتبه حكم السن المعلوم ، لا أصل السن المعلوم الحكم ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب فيه نفي الأكثر ، فالموضوع والحكم هنا متماكسان في الاستصحاب ، فلو علم سن البلوغ ولم يعلم بلوغ ذلك السن فمقتضى الاستصحاب نفي الأكثر ، بخلاف ما لو بلغ سناً ، ولم يعلم أنه بلوغ فان الأصل عدم البلوغ . كما

عرفت ، ومقتضاه نفي الأقل .

اللهم إلا أن يقال كما أومأنا اليه سابقاً أن البلوغ شرعاً هو بلوغ الحلم ، فيكون حالة طبيعية مخصوصة في الانسان ، بل مطلق الحيوان وجميع ما ذكر علامة له ، فهو كاشف عن الوصول إليها حتى السن . فيكون المشتبه حينئذ الموضوع ، والمنفي بالاستصحاب الأقل ، إذ الاصل عدم بلوغ الحد الكاشف : لكنه خلاف ما عليه الأصحاب من أن السن بلوغ في الشرع ، وإن كانت العلة فيه كشفه عن غيره ، ومتى كان كذلك فالمشتبه الحكم دون الموضوع ، و موضوعية البلوغ لبعض الاحكام لا ينافي كونه حكماً ، لأن الحكم قد يكون موضوعاً لحكم آخر ، ولا استحالة في ذلك ، مع اختلاف الجهة ، ومثله كثير.

فالاستصحاب بجميع وجوهه المذكورة حينئذ حجة في المسألة ، وإن كان ألصقها بالمدعى ، وأغناها عن الضمائم استصحاب عدم البلوغ ، فانه نفي صريح ، والمطلوب منه عين المستصحب دون لازمه ، والتمسك به لا يتوقف على ضميمة عدم القول بالفصل ونحوه ، على أنه من الأمور القارة الثابتة كغيره ، وإضافته إلى ما يرجع إلى الزمان لا يخرجه عن القرار . فمعنى أصل عدم البلوغ أن الاصل عدم حضور زمان البلوغ ، لا بقاء زمان عدم البلوغ . واستصحاب غير القار إنما يلزم لو أريد الثاني ، دون الاول.

و قد يتمسك بأصل البراءة من التكليف على المطلوب ، لا لكونه حادثاً منفياً بأصل العدم لرجوعه إلى الاستصحاب ، ولا للاصل الشرعي المستفاد من نحو قولهم[1] « كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي »[2] و « الناس في سعة مالم يعلموا » و غيرهما ، فان المفهوم من ذلك سقوط التكليف كما يظهر بالتدبر ، بل لأن التكليف فرع البيان و هو مفقود في محل النزاع ، ودعوى - وجود البيان و هو الخطاب العام الصالح لكل مميز - يدفعها أنه مشروط بالبلوغ ، ولم يثبت قبل اكمال الخمسة عشر اللهم إلا أن

---

(١) الوسائل الباب -١٢- من ابواب صفات القاضي الحديث -٦٠- .

(٢) لم نقف على هذا النص بعد الفحص عنه فى مظانه والذى وقفنا عليه مما يوافقه فى المعنى وان يحتمل اختصاصه بمورده، وهى رواية السفرة المروية فى الوسائل فى الباب ٢٣ من ابواب اللقطة الحديث ١ .

يمنع الشرطية على وجه ينافي الاستدلال بالعمومات في المجهول ، و فيه بحث ذكرناه في غير المقام .

والأمر سهل بعد الغنية عن ذلك بما سمعته اولا ، ومضافاً إلى ظاهر الكتاب كقوله تعالى [1] « و ابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم » ضرورة دلالته بمفهومه على انتفاء الحكم بالدفع المشروط بإيناس الرشد بانتفاء بلوغ النكاح ، فهو متناول لأسنان التمييز وحدود الإبتلاء التي هي في الغالب من العشر إلى الخمسة عشر ، و أحقها بالدخول سن الاحتلام ، وتوقع بلوغ النكاح وهي من الثانية عشر إلى السادسة عشر ، إلاّ أن الاجماع على خروجها ،فيتعين كون الخمسة عشر هي البلوغ بحسب السّن .

و ربما نوقش : بأن « إذا » قد تخرج عن الظرفية فلا تكون شرطاً ، ومنه المقام فإن المراد وابتلوا اليتامى إلى وقت بلوغ النكاح ، وحينئذ فلا دلالة فيها على الاشتراط المزبور ، ويدفعه: بعد تسليم خروجها عن الظرفية أنه نادر جداً لا يحمل عليه التنزيل بل يقتضي انقطاع الابتلاء بالبلوغ ، وليس كذلك كما ستعرف ، لاستمراره إلى ظهور الرشد أو اليأس منه ، بل ذلك مع ظهور كون المراد ايناس الرشد المسبّب عن الابتلاء المأمور به السابق على البلوغ .

و مقتضى ذلك الحجر على البالغ الرشيد إذا لم يونس منه رشد قبل البلوغ ، وارتفاعه عمن لم يبلغ إذا أونس منه الرشد ، لانتفاء الشرط في الأوّل و وجوده في الثاني ، إذ المراد بالأمر بالابتلاء إلى بلوغ النكاح حصوله قبله ، لاستمراره اليه ، لأنّ الابتلاء متى وجد وتبين به الحال لم يتكرر ، فالمرة تكفي في هذا الأمر ،ولو بني الكلام في الشرط على خلاف الظاهر ، فإما أن يراد به إيناس الرشد مطلقا ، أو إيناسه بعد البلوغ ، ويلزم على الأوّل جواز دفع المال إلى غير البالغ إذا ابتلي و أونس منه الرشد ، وإهماله بدونه إلى أن يظهر الرشد بنفسه و إن طال الزمان وسهل الاختبار وأمّا الثاني فمع حصول المطلوب يلزمه جواز الاهمال ، كما في الأوّل .

(١) سورة النساء الاية ـ٦ـ .

فبان من ذلك كله أن « اذا » في الآية ظرف على الأصل فيه ، و أن الكلام لاينظم إلا به ، والمعنى لايستقيم بدونه فسقط احتمال خروجها عن الظرفية.

نعم على الظرفية يحتمل الخروج عن الشرطية بتقدير العامل ، وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح نظرتم ، أو ابتلوهم حتى تنظروا في وقت بلوغهم النكاح ، فان آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم .

و هذا وإن صح ، وصح الاستدلال به ، غير أنه يستدعى تقديراً في الكلام ، وخروجاً عن الظاهر في « اذا » من تضمنها معنى الشرط في الغالب .

و من هنا قال الفاضل الطباطبائي : « الأصوب أن تكون إذا للشرط كما هو الأصل فيها ، وجوابها مجموع الشرط والجزاء ، و هو قوله « فان آنستم » و حتى حرف ابتداء و غايتها مضمون الجملة التي بعدها ، وهودفع المال عقيب إيناس الرشد الواقع عقيب بلوغ النكاح ، و إنما كان كذلك ، لأن دفع المال في الآية مشروط بايناس الرشد، فيكون مؤخراً عنه ، وهذا الدفع المشروط بالايناس مشروط بالبلوغ فيكون المشروط بشرطه المتقدم عليه متأخراً عن البلوغ الذي هوشرط فيه ، وترتب الشروط بحسب الوقوع ، ترتيبها في الذكر ، فانها في الآية قد وقعت على التوالي ، ولوتعاكست كان الشرط المتقدم في الذكر مؤخراً في الوجود ، والمؤخر في الذكر مقدماً في الوجود ، فلوأردت نقل المضمون إليه قلت: «ادفعوا إليهم أموالهم إن رشدوا إن بلغوا » ولا يصح إن بلغوا إن رشدوا ، لأنه يقتضي أن يكون الرشد شرطاً في البلوغ والأمر بالعكس ، ومن ثم لوقال قائل لله علي نذر إن شربت إن أكلت ، فأكل ثم شرب التزم ، بخلاف مالوشرب ثم اكل ، ولو عكس انعكس » .

قلت : هو جيد لكن قد يقال : المنساق من الآية أنهما معاً شرطان مستقلان في الدفع ، لاأن أحدهما شرط في الآخر كالمثال الذي ضربه فتأمل جيداً .

وعلى كل حال فالمناقشة المزبورة واضحة الدفع ،كالمناقشة في أصل حجية مفهوم الشرط ، و في عمومه ، و في خصوص « اذا » من أدواته بل و غيرها مما هو ليس بعريق في الشرطية ، بخلاف « إن » وبأنه لوسلم ذلك كله ، فانما يقتضي المفهوم عدم وجوب

الدفع، لاحرمته، ضرورة اندفاع الأولى، بل والثانية بماحررناه في الاصول، والعرف أعدل شاهد به.

والثالثة: بأنه لافرق بين إن، وغيرها من أدوات الشرط، لابتناء العموم، على أن الاختصاص بمورد الشرط يقتضي الانتفاء في غيره فيعم، وليس الحكم في المنطوق بعموم الإثبات، ليكون المفهوم سلب العموم، بل بنفس الاثبات في محلّ النطق، و مفهومه السلب عماعداه، ويلزمه عموم السلب، وهذا المعنى لايتفاوت في الأدوات كأصل المفهوم، و كلمات الاصحاب في الأصول والفروع شاهدة بذلك، و أنه لافرق بينها جميعها في ذلك كله.

و امّا الرابعة: فواضحة بناء على أن المفهوم في الشرط النهي كما يقتضيه كلام بعضهم، ومال اليه العلامة الطباطبائي، وربّما يشهد له العرف بل وإن لم نقل بذلك وكان المراد من الأمر هنا رفع الحجر المفهوم من قوله[1] «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» إلى آخره بل وإن لم يكن المراد منه ذلك، لكن المقام منحصر بين الوجوب والحرمة إذ الخطاب للأولياء، والدفع إما أن يجب عليهم أو يحرم، ولاثالث لهما، فتكون الحرمة حينئذ من لوازم عدم الوجوب هنا والله أعلم.

وكذا المناقشة: بأن الاستدلال في الآية انما يتم لوأريد ببلوغ النكاح حصول الإنزال، أوصلاحية خصوص الشخص لأن ينزل بالوطي و نحوه، و هو غير متعين، لاحتمال كون المراد بلوغ وقت الصلاحية للنكاح صلاحية نوعية وإن تخلفت عن خصوص الشخص، وهذا المعنى حاصل فيمن كان سنه أربعة عشر و ثلاثة عشر فلادلالة في الآية على نفي البلوغ بهما.

إذ يدفعها أولاً: أن بلوغ النكاح عرفاً هو أن يبلغ الصّبي ويدرك، و هو غير بلوغ زمان النكاح، لصحة سلب الأوّل عمن ثبت له الثاني، و أقلّ ما يصدق معه ذلك صلاحية الشخص لأن ينكح، وأما مجرد القابلية النوعية فلايتحقق معه الصدق عرفاً.

و ثانياً: أنه لوأريد الزمان فالظاهر إرادة الوقت الّذي يغلب فيه ذلك ويكثر

---

(١) سورة النساء الاية ـ٥ـ.

والغلبة منتفية فيما دون الخمسة عشر ، فلايتحقق به بلوغ النكاح ، وإرادة التحقق في الجملة ولوعلى سبيل الندرة يقتضي صدق بلوغ النكاح بالأثنى عشر ، بل بمادونه أيضاً ، بناء على أن ما فوق العشرة من زمان إمكان الاحتلام كما ستعرف ، و دعوى إرادة ما تجاوز حدّ الوقوع ولم يبلغ الغلبة لادليل عليها ، بل هي تحكّم محض كما هو واضح .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لااشكال في دلالة الآية على المطلوب ، بل منه ظهر دلالة قوله تعالى [1] أيضاً « و إذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم » بالتقريب السابق ، فإن بلوغ الحلم كبلوغ النكاح يعتبر في صدقه القابلية بحسب الشخص ، بل فعلية الانزال إمّا مطلقاً أومع التقييد بالمنام كالاحتلام ، أما القابلية النوعية ببلوغ السّن الذي يتفق فيه ذلك فلايصدق معها بلوغ الحلم إلاّ بتأويل أو تقدير ، لتبادر الغير وصحة السلب ، ونصّ أهل اللغة .

فعن القاموس « الحلم بالضم والاحتلام : الجماع في النوم » والمصباح « حلم الصبيّ واحتلم : أدرك وبلغ مبالغ الرجال : فهو حالم ومحتلم » بل عنه أيضاً « أدرك الغلام : بلغ الحلم ، وبلغ الصبي احتلم وأدرك » و الغريبين « أنه أمر معاذاً أن يأخذ من كلّ حالم ديناراً ، قال ، أبو الهيثم اراد بالحالم كل من بلغ الحلم ، حلم أو لم يحلم ، ومنه الحديث « الغسل يوم الجمعة واجب على كل حالم » والمغرب « حلم الغلام احتلم حلماً من باب طلب ، والحالم المحتلم في الأصل ، ثم عمّ فقيل لمن بلغ مبالغ الرجال حالم ، و هو المراد في الحديث » .

والنهاية [2] « أراد بالحالم في الحديث : من بلغ الحلم ، وجرى عليه حكم الرّجال ، سواء احتلم أو لم يحتلم ، و منه الحديث الغسل إلى آخره ، و في رواية - على محتلم - أي بالغ مدرك » والظاهر إرادته من قوله وجرى عليه حكم الرجال : معنى بلغ مبلغ الرجال الذي عبّر به غيره ، بل لو كان المراد كل من جرى عليه الحكم

(١) سورة النور الاية -٥٩- .

(٢) النهاية ج - ١ - ص ٢٨٩ طبع مصر .

شرعاً فالمقصود بيان المعنى المراد ، دون حقيقة اللفظ ، فانّ الحقيقة اللغوية لاتثبت بالحكم الشرعي .

أمّا ما عن الفايق في معنى الحديث قيل : المراد كل من بلغ وقت الحلم ، حلم أو لم يحلم ، فالظاهر أنه أراد بالقول ما تقدم ، و هو ما حكاه الهروي عن أبي الهيثم ، والمراد به وقت الادراك والبلوغ بالاحتلام وشبهه دون السن ، فلاينافي ما قلنا .

و أمّا وجوب الاستيذان فا نه و إن قلّ من تعرّض له في كتب الفروع ، و من ثم لم يشتهر الحكم به بين الناس حتى صار كالشريعة المنسوخة ، لكن عن التبيان ، ومجمع البيان ، وروض الجنان ، وكنزالعرفان ، وآيات الأحكام ، والمسالك الجوادية و قلائد الدرر ، النص عليه .

و يدل عليه مضافاً إلى أمر الكتاب ـ الذي هو أحقّ الأوامر بالإيجاب ، وإطلاق النهي في قوله تعالى [1] « ولاتدخلوا بيوتاً غير بيوتكم » الى آخره ، ومافي التهجم على المساكن المختصة من الأذية والخروج عن الآداب العقلية والشرعية ـ صحيح ابن قيس [2] عن أبي جعفر عليه السلام « ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرّات » الى آخره ومن بلغ الحلم منكم فلايلج على أمه ولاعلى أخته وابنته ، ولاعلى من سوى ذلك إلاّ باذن » ونحوه خبر جراح المدايني [3] عن الصادق عليه السلام .

وصحيح أبي أيوب [4] عنه أيضاً « و يستأذن الرّجل إذا دخل على أبيه ، ولايستأذن على الابن قال: ويستأذن الرّجل على ابنته وأخته إذا كانتا متزوجتين » وخبر الحلبي [5]

---

(١) سورة النور الاية ـ ٢٧ ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ ١٢١ ـ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ـ ١ ـ .

(٣) الوسائل ذكر صدره في الباب ـ ١١٩ ـ وذيله في الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ـ ١ ـ .

(٤) الوسائل الباب ـ ١٢٠ ـ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٢ .

(٥) الوسائل الباب ـ ١١٩ ـ من ابواب مقدمات النكاح

« قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرّجل يستأذن على أبيه ؟ فقال : نعم قد كنت أستأذن على أبي وليست أمي عنده ، وإنما هي امرأة أبي ، توفت أمّي و أنا غلام ، و قد يكون من خلوتهما مالاأحبّ أن أفجأهما عليه ، ولايحبان ذلك مني ، والسلم أحسن وأصوب » بناء على ما هو الظاهر من كون السؤال عن الوجوب لاالجواز ، فإنه لايسأل عنه ، والتعليل لاينافيه ، بل يؤكده .

و خبر جابر[1] « عن أبي جعفر عن جابر بن عبدالله الانصارى قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يريد فاطمة عليها السلام و أنامعه ، فلما انتهينا إلى الباب وضع يده عليه فرفعه ، ثم قال : السلام عليكم ، فقالت فاطمة: عليك السلام يارسول الله قال: أدخل قالت : أدخل يا رسول الله قال : أدخل أنا ومن معي ، قالت : يا رسول الله ليس عليّ قناع ، قال : يا فاطمة خذي ملحفتك فقنعي بها رأسك ففعلت ، ثم قال : السلام عليكم فقالت فاطمة عليها السلام : عليك السلام يارسول الله قال جابر: فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله و دخلت فإذا وجه فاطمة أصفر كأنه بطن جرادة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : مالي أرى وجهك أصفر قالت يا رسول الله : الجوع فقال رسول الله : أللهم مشبع الجوعة دافع الصفرة اشبع فاطمة بنت محمد قال جابر : فوالله نظرت إلى الدّم ينحدر من قصاصها حتى عادوجهها احمر فما جاعت بعد ذلك » .

وعن مجمع البيان[2] « روي أن رجلاً قال للنبى صلى الله عليه وآله أستأذن على أمي فقال : نعم ، قال إنها ليس لها خادم غيري أفأستأذن عليها كلما دخلت ، قال : تحب أن تراها عريانة ، قال الرّجل لا،قال فاستأذن عليها » و عن الكشاف « وكان أهل الجاهلية يقول الرّجل منهم إذا دخل بيتاً غير بيته حييتم صباحاً ، وحييتم مساء، ثم يدخل فربما أصاب الرّجل مع امرأته في لحاف واحد ، فصدالله عن ذلك ، وعلّم الأحسن والأجمل ، وكم من باب من أبواب الدّين هو عند الناس كالشريعة المنسوخة ، قدتركوا العمل به ، و باب الاستيذان من ذلك بينما أنت في بيتك اذ رفع عليك الباب واحد

(١) الوسائل الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح الحديث ٣ .

(٢) المستدرك ج ـ ٢ ـ ص٥٥٧ باختلاف يسير.

من غير استيذان ولاتحية من تحايا اسلام ولاجاهلية ، و هو ممن سمع ما أنزل الله فيه و ما قال رسول الله ﷺ ، ولكن أين الأذن الواعية » .

وعنه أيضاً في تفسير قوله «والذين لم يبلغوا الحلم منكم » ما حاصله أن حكم الأطفال ذلك ، فإن خرجوا عن حدّ الطفولية بالاحتلام أو باوغ السّن وجب أن يفطموا عن تلك العادة ، ويحملوا على أن يستأذنوا في جميع الاوقات كالرّجال الكبار الذين لم يعتاد الدّخول عليكم إلاّ باذن ، و هذا ممّا الناس في غفلة عنه ، وهو عندهم كالشريعة المنسوخة ، إلى آخره إلى غير ذلك من النصوص المروية عند الفريقين ، هذا كلّه حكم من بلغ الحلم .

أمّا من لم يبلغه فلايجب عليهم الأستيذان مطلقا ، أمّا في غير العورات الثلاث فظاهر، للأصل ونصّ الكتاب والسّنة، وأمّا فيها فلأن إيجاب الإستيذان تكليف ولا تكليف على غير البالغ ، ولاشتراط الأيجاب بالبلوغ ، فينتفي بانتفائه مطلقا ، عملاً بعموم المفهوم ، و عن التبيان أنه حكي عن الجبائي القول بوجوب الإستيذان على المميزين في الأوقات الثلاثة أخذاً بظاهر الأمر، قال قوم : في ذلك دلالة على أنه يجوز أن يؤمر الصبيّ ، لأنه أمره بالإستيذان ، والجميع كما ترى .

ويدلّ على المطلوب أيضاً بالتقريب السابق عموم الأحاديث الدّالة على « رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم [1] » و « أن انقطاع يتم اليتيم الأحتلام » [2] كل ذلك مضافاً إلى النصوص الدّالة عليه بالخصوص فمنها النبويّ المرسل في محكي الخلاف والتذكرة ، «اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتب ماله ، وما عليه ، وأخذ منه الحدود » .

والآخر [3] « أنّ عبدالله بن عمر عرض عليه عام بدر وهو ابن ثلاث عشرة سنة فردّه ، وعرض عليه عام أحد وهو ابن أربع عشرة سنة فردّه ، ولم يره بالغاً ، وعرض عام الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجازه في المقاتلة » بل قيل : إن الثاني منهما

---

(١) و(٢) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من ابواب مقدمة العبادات الحديث ـ١١ـ و ـ٩ـ

(٣) سنن البيهقي ج ـ٦ـ ص ٥٥ .

مشهور ، رواه جماعة من أرباب المغازی والسير ممّن يوثق بنقلهم .

وعن عيون الأثر « أن عمر بن عبدالعزيز لمّا حدث به دعی كاتبه فقال : إعجل على كاتباً للامصار كلها ، فإن رجالاً يقدمون إليّ يستفرضون لأبنائهم و إخوانهم فانظروا من فرضت له فاسئلوهم عن اسنانهم ، فمن كان منهم ابن خمس عشرة سنة فافرضوا له ، واقضوا لهم في المقاتلة ، و من كان دون ذلك فافرضوا لهم في الذرّية »[1] .

و فيه أنه صلى الله عليه وآله عرض عليه يوم أحد أسامة بن زيد و زيد بن ثابت و استيذن ظهير فردّهم ، ثمّ اجازهم يوم الخندق ، وهم أبناء خمس عشرة سنة، وان من جملة من ردّ في ذلك اليوم البراء بن عازب وابو سعيد الخدری وزيد بن ارقم .

ومنها صحيح ابن محبوب[1] عن عبدالعزيز العبدي عن حمزة بن حمران ،قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له : متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التّامة ويقام عليه ويؤخذ بها فقال : إذا خرج عن اليتم وأدرك ، قلت : فلذلك حدّ يعرف ؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشرة سنة أو أشعر أو أنبت قبل ذلك أقيمت عليه الحدود التامة وأخذ بها ، وأخذت له ، قلت : فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها و تؤخذ لها قال: إن الجارية ليست مثل الغلام، إن الجارية إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ، و دفع إليها مالها ، وجاز أمرها في الشراء والبيع ، و أقيمت عليها الحدود التامّة ، وأخذ لها وبها ، قال : والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ، ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ، أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك.

و هو مع صراحته في المطلوب وانجباره بالشهرة العظيمة و محكي الاجماع أو محصّله لا قدح في سنده ، إذ حمزة مع كونه من آل أعين المعلوم جلالتهم وعظم منزلتهم في الشيعة سديد الحديث كثير الرواية ، قد روی عنه الاجلاّء كعبدالله بن مسكان ، وابن بكير ، وابن أبي عمير ، والحسن بن محبوب ، بل في بعض طرق كتابه صفوان بن يحيى وهم من أصحاب الاجماع .

---

(١) المصدر نفسه .

(٢) الوسائل الباب -٢- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -٢- .

و ما عن ظاهر النجاشي ـ و رسالة أبي غالب الزراري من أنه من أصحاب الصادق عليه السلام خاصة و ربّما يؤيّده أن الخبر في الوسائل والوافي عن حمزة بن حمران عن حمران عن أبي جعفر عليه السلام ـ يدفعه تصريح غيره بأنه من أصحابهما معاً ، و إن كان روايته عن الصادق عليه السلام أكثر وأشهر ، فلا إرسال حينئذ في الخبر المزبور .

وفي مصابيح العلاّمة الطباطبائي إن الذي وجدته في بعض النسخ المصحّحة من الكافي والتهذيب رواية حمزة بن حمران عنه عليه السلام وقد رواه في المستطرفات كذلك ، و كأنه الاصح ، على أن حمران بن أعين أبو حمزة أجل من أن يتعرض لبيان حاله ،فالرواية لاقدح فيها من هذه الجهة .

نعم عبدالعزيز لم ينص عليه بمدح ولاذم ، لكن رواية الحسن بن محبوب وخصوصاً في كتاب المشيخة المعروف بالاعتماد قد يحصل منه الظن بعدالته ، كلّ ذلك مضافاً إلى الاعتضاد بما عرفت .

ومنها حسن يزيد الكناسي أو صحيحه [1] عن أبي جعفر عليه السلام « قال: الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوجت وأقيمت عليها الحدود التامة ولها ،قال: قلت : الغلام إذا زوجه أبوه و دخل بأهله و هو غير مدرك أيقام عليه الحدود و هو على تلك الحال؟ قال: فقال : أمّا الحدود الكاملة الّتي يؤخذ بها الرّجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلها على مبلغ سنّه فيؤخذ بذلك ما بينه و بين خمس عشرة سنة ، فلاتبطل حدودالله في خلقه ولاتبطل حقوق المسلمين بينهم » .

و حسنه الاخر أو صحيحه [2] في حديث « قلت لابي جعفر عليه السلام أفيقام عليها الحدود وتؤخذبها و هي في تلك الحال إنّما لها تسع سنين ولم تدرك مدرك النساء في الحيض ؟ قال : نعم إذا دخلت على زوجها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها ، وأقيمت الحدود التامة عليها ولها ، قلت : فالغلام يجري في ذلك مجرى

(١) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب مقدمات الحدود الحديث ـ ١ ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ ٦ ـ من ابواب عقد النكاح الحديث ـ ٩ ـ .

الجارية ؟ فقال : يا أبا خالد إن الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان الخيار له إذا أدرك ، وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أوينبت في عانته قبل ذلك ، قلت : فان زوّجه أبوه و دخل بها و هو غير مدرك أيقام عليه الحدود و هو في تلك الحال قال : أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرّجال فلا ، ولكن يجلد في الحدود كلها على قدر مبلغ سنّه فيؤخذ بذلك ما بينه وبين خمس عشرة سنة » الحديث .

ومنها صحيح ابن وهب [1] «سألت أبا عبدالله عليه السلام في كم يؤخذ الصّبي بالصّيام؟ قال : فيما بينه و بين خمس عشرة سنة ، و أربع عشرة سنة ، فان هو صام قبل ذلك فدعه » بناء على ارادة معنى « أو » من الواو فيها ، بل عن النهاية روايته بها ، بل لابدّ من كون المراد ذلك لاستحالة الجمع هنا كما هو ظاهر ، وحينئذ فمقتضى السياق و الترديد كون ما تقدم عليهما وقتاً للتمرين والأخذ على سبيل التأديب ، فيكون البلوغ حينئذ بأحدهما ويمتنع أن يكون الأقل و إلاّ لم يكن الزمان المتوسط بينه وبين الأكثر تمرينيا ، فيتعين كونه الأكثر ، ولعلّ النكتة في الترديد التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما والمتقدم عليهما في التضييق وعدمه بالنسبة إلى التمرين فانّ الصبيّ يضيق عليه فيما بين الأربعة عشر والخمسة عشر ، بخلاف ما تقدّم من الزمان فانه لا يضيق عليه لبعده عن البلوغ .

ومنها صحيحه الآخر [2] « سألت أبا عبدالله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلوة؟ فقال: فيما بين سبع سنين وست سنين ، قلت : وفي كم يؤخذ بالصّيام ؟ قال : فيما بينه و بين خمس عشرة سنة و أربع عشرة سنه فان هو صام قبل ذلك فدعه ، ولقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته . » بالتقريب السابق .

و منها المروي في المحكيّ عن الخصال [3] باسناده عن العباس بن عامر عمن

(١) الوسائل الباب — ٢٩ — من ابواب من يصح منه الصوم الحديث — ١ —

(٢) الوسائل الباب — ٣ — من ابواب اعداد الفرائض الحديث —١— .

(٣) الوسائل الباب —٢٩ — من ابواب من يصح منه الصوم الحديث —١٣ .

ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : يؤدب الصّبي على الصوم ما بين خمس عشرة سنة إلى ستّة عشرة سنة » .

و منها مرسل المقنع [1] روى أن الغلام يؤخذ بالصيام ما بين أربعة عشر إلى ستة عشر سنة ، إلّا أن يقوى قبل ذلك ، » وإرسالهما غيرقادح بعد الإنجبار بماعرفت وهما صريحان في المطلوب إذ المراد من الخمسة عشر نصاً وفتوى ما هو المنساق منهما من اكمال العدد لاالدّخول فيه ، و به صرّح غير واحدبل نسبه جماعة إلى المشهور بل عن مجمع البيان ، وظاهر التذكرة ، والمسالك الجوادية ، نسبته إلى أصحابنا بل عنهما وكنز الفوائد « أنه لايكفي في البلوغ الطعن في الخامسة عشر عملاً بالاستصحاب و فتوى الأصحاب » وزاد في الاوّلين « أن الاكتفاء به وجه للشافعية منشؤه توهم صدق اسم العدد بالدّخول فيه » .

وعلى كلّ حال فلاريب في أنّ المفهوم من كلام الأصحاب اعتبار الاكمال وانه لايكفي الدّخول ، و بذلك يتضح دلالة المرسلين المتقدمين ، كما انه اتّضح لك قوة القول المشهور ، وأنه يدلّ عليه الكتاب ، والسّنة ، و العقل ، وقديقال : و الاجماع ، إذ المسألة و إن كان قد يتوهّم أنها سداسية الأقوال ، الخمس عشر دخولاً و كمالاً ، وكذا الأربع عشر ، وكمال الثلاث عشر ، و العشر، لكن التحقيق أنه ليس فيها إلا قولان . أحدهما المشهور وهوكمال الخمس عشر، والثاني قول ابن الجنيد و هوكمال الأربع عشراما القول بالدّخول في الخمس عشرفلم نعرف القائل به .

نعم عن الأردبيلي أنه حكاه عن بعض أصحابنا واختاره ، وعن الكفاية موافقته في الحكاية دون الاختيار، لكن الظاهر أنه وهم ، خصوصاً بعد ما سمعت من التصريح بعدم الاكتفاءبالطعن فيها وأنه لابدّ من إكمالها ، أللّهم إلاأن يكون النظرفي هذا القول إلى قول ابن الجنيد بالاربع عشر ، بناء على أن العلم باكمالها لايحصل إلّا بالدّخول فيما بعدها، لكن عليه يتحد هذا القول مع قول ابن الجنيد ، ضرورة كون اعتبار الدّخول في الخمس عشر للعلم بحصول الحد ، لا لاعتباره في أصل التحديد ، وكان العدول

(١) المصدر نفسه الحديث ١٤ .

في التعبير حينئذ للتنبيه على تأويل نصوص الخمس عشر بذلك .

وفيه حينئذ ما عرفت من عدم قابلية بعضها لذلك ، وظهور الاجماع على خلافه، وأمّا الدخول في الاربع عشر فانه وإن كان قد يفهم من السّيورى ، وابن فهد و ابن ابي جمهور، أنه مذهب ابن الجنيد ، حيث استدلوا له بخبر ابن سنان[1] الذي هو نصّ في ذلك ، لكن التحقيق خلافه ، اذا الأصل في حكاية قول ابن الجنيد الفاضل في المختلف ، والظاهر مما نقله ارادة الاكمال الذي هو المفهوم من العدد لغة و عرفاً ، و خصوصاً مع اقترانه بالقول المشهور الذي قد عرفت كون المراد منه ذلك .

وفي المصابيح وكان منشأ التوهّم احتجاج الفاضل له برواية الثمالي[2] المتضمنة لجريان الأحكام على الصبيان في ثلاث عشر وأربع عشر، ففهم السّيورى منها تحديد البلوغ بالأخذ في الأربع عشر، وربما ساعده قول المصنف «وفي رواية من ثلاث عشر إلى أربع عشر مشيراً الى هذه الرواية» كما هو الظاهر وانضمّ اليها رواية ابن سنان[3] المصرحة بهذا المعنى، واحتج بهما لابن الجنيد ، بناء على أن الاحتجاج برواية الثمالي واقع في كلامه ، كما توهمه عبارة المختلف ، وتبعه على ذلك ابن فهد ، غير أنه أورد الحديث بلفظ المتن ، ظنامنه أنه منقول باللفظ واقتفى اثرهما ابن أبي جمهور .

ولا يخفى ما في ذلك كله من التساهل والتسامح ، فان استناد ابن الجنيد إلى رواية الثمالي غير معلوم ، وإن أوردها العلامة في المختلف حجة له ، فان من عادته فيه الاحتجاج للمذاهب بما يناسبها و إن لم يستند اليه القائل ، وعلى تقدير الاستناد فالمعنى الذي أشار اليه المحقق غير متعين في الحجة ، لجواز أن يكون الوجه فيها الأخذ بأكثر العددين ، نظرا إلى احتمال توهم الراوي ، و يؤيّده العطف « بأو » في بعض النسخ ، وعلى التعيين فلاينافي ذلك إرادة الاكمال ، لاحتمال أن يكون المراد انتهاء الاحتمال بانتهاء الأكثر ، دون الطعن فيه ، وعلى تقدير المنافاة فلايتعين فيها

(١) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٢-١١.

(٢) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٣- .

(٣) الوسائل الباب -١٤- من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث -٣- .

الحمل على مايطابق رواية ابن سنان ، فإنها محتملة لارادة البلوغ باكمال الثلاث عشر وهوخلاف البلوغ بالدّخول في الرابعة عشر .

و بالجملة فرواية الثمالي مضطربة اللفظ ، محتملة المعنى ، فلايصح الحكم بمطابقتها لرواية ابن سنان ، ولايصلح الإستناد اليها في تعيين مذهب ابن الجنيد وإن علم استناده اليها في القول المذكور، بل المتعين الرجوع في ذلك الي مايقتضيه الخلاف المحكي عنه في المسألة وقد عرفت أنه ظاهر في الاكمال بل صريح فيه هذا .

ولكن في المدارك حكاية هذا القول من دون تعيين القائل ، بل عن المجمع ، وقلائد الدرر ، نسبته إلى ظاهر الصّدوق ، بل زاد الأوّل نسبته إلى الشيخ في الاستبصار، ومال إليه سيد المدارك بل عن بعض متأخرى المتاخّرين اختياره ، كما عن القاساني تقويته ، والأردبيلى احتماله تارة ، وتقويته أخرى .

وفيه أنه لم يتحقق نسبته إلى الصّدوق والشيخ ، بل لعل المتحقّق منهما خلافه، فينحصر القائل حينئذ في بعض متأخرى المتأخرين ، وهومسبوق بالاجماع .

وأمّا القول بالثلاث عشر وإن حكاه في المسالك قولاً من دون تعيين ، بل عن المجمع ، والكفاية ، نسبته إلى ظاهر الشيخ في كتابي الأخبار ، بل عن الأوّل الظاهر أن غير الشيخ ذهب إلى ذلك أيضاً ، و عن الثاني بعد إيراد ماتضمن الثلاث عشر من النصوص ، وهذه أخبار معتبرة ، فالعمل بمقتضاها متجه ، وظاهره القول به .

لكن لايخفى عليك أن مرجع هذا القول و سابقه إلى شيء واحد ، لتوافقهما في الثمرة واتحادهما في الدّليل ، بل لايبعد أن يكون المراد بالأوّل أن حدّ البلوغ إكمال الثلاث عشر، واعتبار الدخول في الأربع عشر، مقدّمة للعلم نحوما سمعته في الخمس عشر ، والأمر في ذلك هيّن .

وإنما الكلام في اثبات هذا القول من أصله ، فإنا لم نجد به قائلا معيناً، وكلام متأخّرى الاصحاب في حكاية هذا القول و تعيين المحكى عنه لايخلو من تلجلج واضطراب .

و المجتمع مما قالوه بعد ردّ بعضه إلى بعض نسبة القول به إلى ابن الجنيد ،

و ظاهر الشيخ و الصدوق ، و قد عرفت أن مذهب ابن الجنيد كمال الأربع عشر ، والشيخ موافق للمشهور ، لنصّه عليه في مواضع من كتبه ، ونقله في الخلاف اجماع الفرقة عليه ، وإيراده نصوص الثلاث عشر في كتابي الأخبار مع كونه معارضاً بمثله لايقتضي أن يكون ذلك مذهباً له ، وكذا إيراده حديث الثمالي في النهاية مضافاً إلى ما فيه من الإجمال المانع من تعيين المذهب ، وما يوهمه الإستبصار من الأخذ بحديث عمّار مأوّل بالضرورة ، لمخالفته الإجماع بل الضرورة .

و أمّا الصّدوق فقد أورد في الخصال والفقيه على ما قيل ما يناسب هذا القول، ومايناقيه ، و ظاهر كلامه في صوم الفقيه موافقة المشهور ، بل كلامه في المقنع يؤيّد ذلك ، مضافاً إلى خلو الكتب المعدّة لنقل الخلاف حتى النّادر عن نسبة ذلك إليهما، بل ظاهر بعضها أوصريحه قصر الخلاف على ابن الجنيد .

وامّا القول بالعشر فإنه حكاه الخراساني من غير تعيين القائل، لكن لم تحققه بل لم يحكه أحد من أصحابنا غيره ، بل ظاهر الكتب المعدة لذكر الخلاف الاجماع على عدمه ، ولعلّ منشأ الوهم قول بعضهم بصحة بيعه ومضيّ تصرفه في الوصية ،والعتق، وجواز مؤاخذته على الجناية والسّرقة والارتداد ، ولكنّك خبير بانّ شيأ من ذلك لا يقتضي البلوغ، وغايته ثبوت حكم البالغ لذي العشر في مواضع مخصوصة ورد بها النص.

نعم جعل المصنف في النّافع خبر العشر رواية في البلوغ ، لكنه لم يعمل به ، والعامل به لم يجعله بلوغاً ، بل نص على خلافه ؛ فلم يثبت للأصحاب قول بالعشر، كما أنه ظهر لك عدم قول في المسئلة غير قول ابن الجنيد، وأن ماعداه بين مالا أصل له، وبين ما استقر الإجماع على خلافه ، بل يمكن دعوى ذلك في قول ابن الجنيد ، إذ هو وإن كان معروف الحكاية عنه إلاّ أنه قد استقر الاجماع بعده على خلافه .

مضافاً إلى ضعف ما ذكر دليلاً له من خبر أبي حمزة [1] عن أبي جعفر عليه السلام «قلت له : جعلت فداك في كم تجري الأحكام على الصّبيان قال : في ثلاث عشرة وأربع عشرة ، قلت : فانه لم يحتلم فيها قال : وان كان لم يحتلم فإن الأحكام تجري عليه»

(۱) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -۳- .

وعموم أدلة التكليف وصحة توجه الخطاب إلى المميزين عقلا، لوجود شرطية العلم والقدرة خرج الاقل بالنص والاجماع ، فيبقى ذو الأربع عشر ، ولأن نصوص الخمس عشر[٢] محتملة للأخذ فيها ، وللاكمال ، والبناء على الأول هو الموافق للاحتياط في العبادة ، و إن كان مخالفاً له بالنسبة إلى مايتعلق بالولي، ولان احوال البدن في الانسان مرتبة على الأسابيع ، فيجب أن يكون بلوغه كذلك ، وليس في الأسبوع الأول ولا الثالث قطعاً فيكون الثاني وهو المطلوب .

أما الأول فبالعقل والنقل ، (اما الاول) فلماذكره الاطباء من أن استكمال الانسان و تراجعه في السنين يشبه احوال القمر في استكماله وتراجعه في دوره ، فان القمر يبدو هلالاً ضعيفاً ثم لايزال يزداد إلى الليلة السابعة ، فيقوى ويشتد نوره ولايزال في الأشتداد حتى يصير في الليلة الرابعة عشر بدراً كاملاً ، ثم يرجع فينقص شيئاً فشيئاً حتى يكون في الواحد والعشرين من الشهر كهيأته في السابع منه ، ثم يزداد نقصه وخفاؤه الى ان ينتهي الى العدم والمحاق في الثمانية والعشرين ، وهكذا الصبي إذا ولد كان ضعيف الخلقة نحيف التركيب إلى أن يتم له سبع سنين ، فاذا تم له ذلك استبان فيه آثار القوة في العقل والبدن ، ثم لايزال يترقى إلى أن يتم له أربع عشرة سنة، فاذا دخل في السنة الخامسة عشر دخل في الأسبوع الثالث ، فهناك يكمل له العقل وتشتد قوته ، وتتحرك فيه الشهوة ، ثم لايزال يترقى على هذه الحالة إلى السنة الحادية و العشرين ، ثم يدخل في الأسبوع الرابع و هو آخر أسابيع النشو والنماء ، فاذا تم له ذلك باتمام السنة الثمانية والعشرين انتقل إلى سن الوقوف ، و هو الزمان الذى يبلغ فيه أشده ، و هو الأسبوع الخامس ، و يمتد إلى ست و ثلاثين سنة ، ثم يبدو له الرجوع بعد ذلك ويكون عوده كبدئه .

(واما الثاني) فلما رواه الصدوق في الفقيه[٢] عن امير المؤمنين عليه السلام أنه قال

---

(١) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -٢- والباب -١٤- من ابواب عقد البيع الحديث -١-

(٢) الوسائل الباب -٨٣- من ابواب احكام الاولاد الحديث -٥ .

يربي الصبيّ سبعاً ويؤدّب سبعاً ويستخدم سبعاً ومنتهى طوله في ثلاث وعشرين سنة ، وعقله في خمس وثلاثين ، وما كان بعد ذلك فبالتجارب » .

وعن الصادق عليه السلام[1] « دع ابنك يلعب سبع سنين ، و يؤدب سبع سنين ، و الزمه نفسك سبع سنين ، فان ، افلح و إلاّ فانه مما لاخير فيه » .

وخبر عيسى بن يزيد[2] عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : ينتظر الصبيّ لسبع سنين ، ويؤمر بالصلوة لتسع ، و يفرق بينهم في المضاجع لعشر ، ويحتلم لأربع عشرة وينتهي طوله لاحدى وعشرين سنة ، وينتهي عقله لثمان وعشرين إلاّ التجارب » .

وفي الجميع ما لايخفى ، إذ في الاوّل : مضافاً إلى الطعن في سنده ـ بجهالة السّندي بن ربيع ، ويحيى بن المبارك ، و وقف عبدالله بن جبلة ـ يمكن منع دلالته على المطلوب ، لاشتماله على الترديد المنافي للتعيين . وحمله على التقسيم أوالترديد من الراوي ـ لعلو مرتبة الأمام عنه ، فيجب البناء على الأكثر للاصل ، ويثبت المطلوب ـ ليس باولى من ابقاء العطف على ظاهره ، وحمله على التمرين القابل من حيث استحبابه للدرجات ، بخلاف الايجاب بل هو أولى بملاحظة ما سمعته من أدلة الخمس عشر كما هو واضح .

وفي الثاني : أن البلوغ شرط ثالث مغاير للعلم والقدرة ، وحصوله بالأربع عشر مشكوك فيه ، فيشك حينئذ في التكليف المشروط به ، على أن الاصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المفروض ، وبانتفائه ينتفي المشروط .

والثالث : ما عرفت من عدم الأجمال في نصوص الخمس عشر ، لانها بين ما هو نصّ في الاكمال ، وبين ما هو ظاهر فيه ، و وجوب الأحتياط موقوف على التكليف ، فلو توقف التكليف عليه دار ، على أن الاحتياط في نفسه لايقتضي الوجوب ، مع عدم اشتغال الذّمة بما يتوقف عليه كما نحن فيه ، إذ ذمة الصّبي خالية عن الشواغل .

(١) المصدر نفسه الحديث ۴ .

(٢) الوسائل الباب ـ۴۴ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١٠ـ فيه يتغير بدل ينتظر .

والرابع : إنا نمنع اطراد الاسابيع في كل شيء حتى البلوغ بالمعنى الذي يترتب عليه الاحكام الشرعية ، والوجه العقلي مع كونه ظنيا لايقتضيه، والنقلي مسوق لشيء آخر، فلايقاس عليه البلوغ ، وقوله عليه السلام[1] «يحتلم لأربع عشر» لاعموم له ، وإنما المراد به الغلبة أوالامكان فيذلك الزمان دون ماقبله، فان الاحتلام قديتأخر عن المدة المذكورة .

فظهر من ذلك كله أنه لاينبغي للفقيه التوقف فيالمسئلة ، والقول بالثلاثه عشر مضافاً إلى ما سمعته سابقاً فيه ، انما يشهد له موثق عمار[2] عن الصادق عليه السلام سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلوة ، قال : إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة و جرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة ، أوحاضت قبل ذلك فقد وجب عليها الصلوة ، وجرى عليها القلم» .

وعبدالله بن سنان[3] عنه أيضاً «سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله تعالى حتى إذا بلغ أشده قال : الاحتلام ، قال : فقال: يحتلم فيست عشرة وسبع عشرة سنة ونحوها، فقال إذاأتت عليه ثلاث عشرة سنة* كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيأت وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أوضعيفاً » .

وموثقه الآخر[4] عنه أيضاً «إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة، وكتبت عليه السيئة وعوقب وإذا بلغت الجارية تسع سنين كلفت ، وذلك أنها تحيض لتسع سنين» .

وصحيحه الآخر[5] عنه أيضاً «اذا بلغ الغلام أشده ثلاث عشرة سنة ودخل في

---

(١) الوسائل الباب -٧٤- من ابواب احكام الاولاد الحديث -٥- .

(٢) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات .

(٣-٤) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٨-١٢-١١ .

* هكذا فى الوسائل ، ولكن فى التهذيب ج -٩- (باب -٨- وصية الصبي والمحجور الحديث -٦- من بعد قوله : فقال اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنه توجد هذه الجمله (ونحوها فقال : لا اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة . . . الخ) .

الأربع عشرة وجب عليه ماوجب على المحتلمين إحتلم أو لم يحتلم ، و كتبت عليه السّيآت وكتب له الحسنات ، وجاز له كل شيء إلاّ أن يكون ضعيفاً أوسفيهاً » .

والاوّل مع كونه من قسم الموثق ومشتمل على ما اجمع الامامية على خلافه من عدم زيادة بلوغ الجارية على العشر غير صالح لمعارضة ماتقدم من وجوه ، وكذا مابعده من النصوص التي هي في قوة خبر واحد باعتبار كون الأصل فيها عبدالله بن سنان ، و أن التعدد إنما هو في الطريق اليه ، مع أنها عدا الأخير منها من قسم الموثق المعلوم حاله .

والأخير مشتمل على الحسن بن عليّ بن زياد الوشا ، و عن ظاهر الأكثر عدّ حديثه من الحسن لا الصحيح، بل في المحكي عن المسالك التصريح بذلك، قال ووصفه بالصّحة في كلام بعض الأصحاب يراد به الصّحة الأضافية ، دون الحقيقية مضافاً إلى اختلاف الفاظ الحديث واضطراب متنه لأنه على مارواه الوشاء يقتضي توقف البلوغ على الدّخول في الأربع عشر وهو خلاف المدعى وخلاف مارواه غيره من البلوغ بالثلاثة عشر الذى هو غير البلوغ بالدّخول في الأربع عشر ، ولذا كان بلوغ الأنثى بالتسع لا الدّخول في العشر والصبّي الخمس عشر لا الدخول في الستّة عشر، هذا وان امكن دفعه بما سمعته سابقاً من أن اعتبار الدّخول للعلم ، لا للبلوغ ، إلاّ أن عدم معروفيته عن ذلك بمثله في نظائره و اختلاف ألفاظ الرواية مما يحصل به الارتياب في سلامة اللّفظ المسموع من الأمام عليه السلام .

وعلى كل حال فلاريب في قصورها عن معارضة ما تقدم من وجوه ، و احتمال ترجيحها عليها بالمخالفة لجميع مذاهب العامة ـ بخلاف نصوص الخمس عشر الموافقة لمذهب الاوزاعي ، والشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمّد بن الحسن ، و أحمد بن حنبل ـ يدفعه استبعاد خفاء مثل ذلك على الأساطين ، سيّما مع معروفية مايقع منهم عليهم السلام تقية بين خواصهم ، حتى كان بعضهم يقول لبعض قد أعطاه من جراب النورة .

بل يمكن دعوى القطع من الفقيه الممارس لكلماتهم العارف بلسانهم ومايلحنونه في أقوالهم بعدم صدور نصوص الخمس عشر مصدر التقية ، على أن أكثرها عن الباقر

والصادق عليهما السلام ، وزمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائل بالخمس عشر من أهل الخلاف ، بل وكذا الصادق عليه السلام عدا الأوزاعي .

لكن قيل الذي يظهر من تتبع الأخبار أن التقية منه و من الباقر عليهما السلام من فقهاء الحجاز والعراق ، دون الشام التي الأوزاعي منها ، بل لم يكن بحيث يتقى منه ، على أن في جملة من تلك النصوص تحديد بلوغ الأنثى بالتسع ، المخالف لما أجمع عليه العامة ، و هو أقوى شاهد على عدم خروجها مخرج التقية التي لو بني فيها الأمر على الأحتمال كما اختاره بعض المحدثين ،كان حمل خبر ابن سنان عليها أولى، باعتبار معروفيته عند العامة واتصاله بالمنصور ،والمهدي ، والهادي ، والرشيد من خلفاء بني عباس ، وكثرة وقوع التقية من الصادق عليه السلام ، بخلاف الباقر عليه السلام .

فلاريب في قصورها عن المعارضة لتلك النصوص المتعددة التي فيها الصحيح و غيره، الموافقة للأصل والعمومات ، وظاهر الكتاب والسنة ، ومحكي الاجماع والشهرة العظيمة ، بل صحيح ابن وهب [١] منها صريح في نفي الثلاثة عشر لأن أقصى مايحتمل فيه و إن كان خلاف الظاهر تحقق البلوغ بالدخول في الخمس عشر ، بناء على أن المراد من العددين فيه الاخذ فيهما ، لاكمالهما ، وهو غير مكافيء له سنداً كما هو واضح بل و دلالة لاحتمال خبر الثلاث عشر تأكد الاستحباب ، أو تحقق البلوغ بغير السن من الأسباب ، أو غير ذلك .

و إن أبيت فصناعة الفقه تقتضي طرحه في مقابلته ، كطرح ما تضمن التحديد بخمسة أشبار في خبر السكوني [١] عن الصادق عليه السلام « قال أمير المؤمنين عليه السلام : إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتص منه ، و إن لم يكن بلغ خمسة أشبار قضى بالدية » أو تأويله بما يرجع إلى المشهور ، والتحديد بثمان سنين في خبر سليمان بن حفص المروزي [٢] «قال إذا تم للغلام ثمان سنين فجائز أمره ، ووجب عليه الفرائض والحدود

---

(١) الوسائل الباب -٣٦- من ابواب قصاص النفس الحديث -١- .

(٢) المستدرك ج ١ ص ٧ .

و إذا تم للجارية تسع سنين فكذلك » .

والموثّق عن الحسن بن راشد [1] عن العسكرى عليه السلام « إذا بلغ الغلام ثمان سنين فجائز أمره في ماله ، و قد وجب عليه الفرائض والحدود و اذا تم للجارية تسع فكذلك » المخالفين للاجماع كما عن الآبى الاعتراف به .

والتحديد بالعشر في خبر أبي ايوّب الخزاز [2] « سألت اسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال : إذا بلغ عشر سنين ، قال : قلت : ويجوز أمره قال : فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وآله دخل بعايشة وهي ابنة عشر سنين ، و ليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة ، فاذا كان للغلام عشرسنين جاز أمره وجازت شهادته » المقطوع سنده ، بل في طريقه العبيدى عن يونس ، و فيه كلام و قد ورد بالعشر نصوص كثيرة في الوصية والعتق والوقف وغيرها .

ولعلّ منها ما أشار إليه المصنف بقوله ﴿ و في أخرى إذا بلغ عشرا وكان بصيراً ، أوبلغ خمسة أشبارجازت وصيته ، واقتص منه ، وأقيمت عليه الحدود الكاملة﴾ و ان كنالم نعثر على اجتماع ذلك في رواية كما اعترف به في المسالك ، قال : « أمّا رواية العشر في جواز الوصية فهي صحيحة ، و في معناها روايات ، إلاّ أنها لاتقتضي البلوغ ، لجواز اختصاصه بهذا الحكم ، و من ثم لم يعمم ، و أما بلوغ خمسة اشبار فهو في رواية أخرى ، و إن كان المفهوم من العبارة أنّهما في واحدة ، و معنى قولنا اقيمت عليه الحدود أنه لاينقص منها شيء ، لأن الصبيّ إذا فعل مايوجب الحدّ على غيره يؤدّب بمالايبلغ الحدّ ، ولنارواية [3] أخرى « أن الأحكام تجرى على الصبيان من ثلاث عشرة سنة وأربع عشرة سنة وان لم يحتلم » وليس فيها تصريح بالبلوغ مع عدم صحّة سندها ، وهذه الرواية قدّمها المصنف في النافع ثم عقبها بقوله وفي اخرى ، وهنا عبر بالأخرى من غير سبق رواية وليس بجيّد .

---

(۱) الوسائل الباب - ۱۵- من ابواب احكام الوقوف والصدقات الحديث -۴- .

(۲) الوسائل الباب -۲۲- من ابواب الشهادات الحديث -۳- .

(۳) الوسائل الباب -۴۵- من ابواب احكام الوصايا الحديث -۳- .

قلت : الأمر في ذلك كله سهل بعد أن لم يكن في شيء من نصوص العشر المتفرقة في الأبواب ما يدل على كون العشر بلوغاً ، وغايتها ارتفاع الحجر بها عن الصبي في تلك الأمور المخصوصة ، وبعضها كالصريح في ذلك والأصحاب بين عامل بمضمونها في تلك الموارد ، وبين رادّ لها في الجميع ، وبين مفصل فاجاز وصيته ، لصحة الأخبار الواردة فيها ، ومنع فيما عدا ذلك .

و أمّا حصول البلوغ الذى هو مناط التكليف بالعشر فلم نعرف قائلاً به نعم أرسله في الكفاية كما سمعت ، ولم نتحققه ، بل مقتضى اسناد بعض الأصحاب له إلى الرواية ، عدمه ، و على تقديره فلاريب في ضعفه لقصورها عن المعارضة من وجوه ، بل النص مستفيضة في عدم حصوله بالعشر .

ففي صحيح أبي بصير [1] عن الصادق عليه السلام « في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة يجلد الغلام دون الحدّ ، وتجلد المرأة الحد كاملاً ، قيل له و إن كانت محصنة قال : لاترجم لأنّ الذي نكحها ليس بمدرك » .

والحلبي [2] قلت لأبي عبدالله عليه السلام : « الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين ؟ فقال : أما التزويج فصحيح ، و أمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك ، فيعلم أنه كان طلق امرأته » .

وصحيح صفوان [3] عن اسحاق بن عمّار قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين أيحج ؟ قال : عليه حجة الأسلام إذا احتلم ، وكذا الجارية عليها الحج إذا طمثت » ونحوه غيره إلى غير ذلك من النصوص ، فلا إشكال في المسألة بحمدالله من هذه الجهة ، بل ولامن غيرها كما بان لك ذلك مفصلاً هذا كله في الذكر .

﴿و﴾ أمّا ﴿الأنثى﴾ فبلوغها كمال ﴿تسع﴾ على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذى استقر عليه المذهب، خلافاً للشيخ في صوم المبسوط ، وابن حمزة في خمس الوسيلة فبالعشر إلاّ أن الشيخ قد رجع عنه في كتاب الحجر ، فوافق المشهور وكذا الثاني في

(١) الوسائل الباب ـ٩ـ من ابواب حد الزنا الحديث ـ١ـ .
(٢) الوسائل الباب ـ١١ـ من ابواب ميراث الازواج الحديث ـ٤ـ .
(٣) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب وجوب الحج وشرائطه .

كتاب النكاح منها بل قدير شد ذلك منهما إلى ارادة توقف العلم بكمال التسع على الدخول في العشر .

وعلى كل حال فيمكن بعد رجوع المخالف دعوى تحصيل الاجماع كما وقع من بعضهم بل في السرائر بعد أن حكى عن صوم المبسوط ما سمعت ، وعن نهايته التسع قال: «وهو الصحيح الظاهر من المذهب ، لأنه لاخلاف بينهم أن حد بلوغ المرأة تسع سنين ، فإذا بلغتها وكانت رشيدة سلّم الوصي اليها وهو بلوغها الوقت الذي يصح أن تعقد على نفسها عقدة النكاح ، ويحل للبعل الدخول بها بغير خلاف بين الشيعة الأثني عشرية» .

و يدل عليه مضافاً إلى ذلك و إلى ما تقدم من خبري ابن حمران[1] و يزيد الكناسي[2] وموثقى عبدالله بن سنان[3] والحسن بن راشد[4] ، ومرسل الفقيه [5] قال «ابو عبدالله عليه السلام إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها، وجاز أمرها في مالها، وأقيمت الحدود التامة لها وعليها»، والنصوص[6] الدالة على جواز الدخول بالجارية إذا بلغت تسعاً ، وأنها تحيض لتسع[7] وهي كثيرة .

وأما البلوغ بالعشر فقد رواه الشيخ مرسلاً ولم أجد به رواية مسندة نعم ربما يستدل له برواية غياث بن ابراهيم[8] عن الصادق عليه السلام «أن امير المؤمنين عليه السلام قال:

(١) الوسائل الباب ٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث-٢- والباب -٢- من ابواب الحجر الحديث ١ .

(٢) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث -٣- .

(٣) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢- .

(٤) الوسائل الباب ١٥- من ابواب احكام الوقوف والصدقات -٤- .

(٥) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٤- .

(٦) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب مقدمات النكاح .

(٧) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢- والباب ٢ و٣ - من ابواب العدد الحديث ٤ و٥ .

(٨) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب مقدمات النكاح الحديث -٧- .

لاتوطىء جارية لاقلّ من عشر سنين ، قال :فإن فعل فعيبت ضمن » لكنها كما ترى مع أنّها ضعيفة السند ـ بينة الشذوذ معارضة بالرّوايات المستفيضة الدالة على جواز الدخول بالجارية لتسع ، بل عن النبي ﷺ[1] « أنه دخل بعايشة قبل تجاوز التسع » غير صريحة في تحديد البلوغ بالعشرة لجواز استناد المنع فيها إلى أمر آخر، غير عدم البلوغ ، فليس للفقيه محيص عن المشهور ، كما هو واضح ، .

وعلى كل حال فالمراد بالسّنة فيها ـ وفي الذّكر هنا بل وفي غيره من التحديدات القمرية ، لأنّه المعهود من الشرع والمعروف عند العرب ، وقد قال الله تعالى[2] « إن عدّة الشهور عند الله اثنى عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السموات » و قال[3] «هو الذى جعل الشمس ضياء والقمر نوراً وقدّره منازل لتعلموا عدد السّنين والحساب» و قال : [4] « يسئلونك عن الأهلّة قل هي مواقيت للناس والحج » .

و على هذا فيعتبر في الذّكر مضي اربع عشرة سنة و أحد عشر شهراً هلالياً في السنة الأولى ، ويكمل الشهر الأول منها من السادسة عشر ثلاثين يوماً إن كان تاماً وإلاّ ففي تكملته ثلاثين كالأوّل ، أو بقدر مافات منه تم أو نقص احتمالان : أظهرهما عند بعض الأساطين الأوّل ، و كذا الكلام في الانثى ، وربّما قيل بانكسار الشهور والسنين كلها بانكسار الشهر الأوّل فيبطل اعتبار الأهلّة ويرجع الى العدد في الجميع و هو ضعيف .

والظاهر انتفاء القول هنا و إن قيل بمثله في غيره و قد تقدم لنا شطر صالح من الكلام في ذلك فلاحظ وتأمّل هذا .

ولايخفى ان تحديد البلوغ بالسّن كغيره من التحديدات أمر واحد ، غير مختلف بالقياس الى أنواع التكاليف ، لما عرفت من أن البلوغ مرتبة خاصّة في جميع أفراد الحيوان فضلاً عن الانسان ـ لاجماع العلماء وللنّصوص الكثيرة الواردة في التحديد على اختلافها

(١) الوسائل الباب ـ٢ـ من ابواب مقدمة العبادات الحديث .
(٢) سورة التوبة الاية ٣٦ .
٣) سوره يونس الاية ـ٥ـ .
(٤) سورة البقره الاية ١٨٩ .

فيه ، إلاّ أنها متفقة في عدم الاختلاف المزبور .

بل خبر عبدالله بن سنان [1] منها - الذي قواه المتأخرون ، و مال إلى الأخذ به الفاضل المذكور - ظاهر الدلالة على ما ذكرنا ، و كذا حديث الثمالى [2] و خبر حمزة بن حمران [3] بل النبوى صريح في ذلك .

وفي المروي عن قرب الأسناد عن عليّ بن المفضل [4] «أنه كتب الى أبي الحسن عليه‌السلام ما حدّ البلوغ ؟ قال: ماأوجب على المؤمنين الحدود » وبه يظهر العموم في خبر يزيد الكناسى [5] حيث دلّ على أن الحدود لاتثبت للغلام قبل بلوغ الخمس عشر ، فما تفرد به الفاضل الكاشاني - من أن التحديد بالسن مختلف في التكليفات ، و أن الحدّ في كل شيء هو التحديد الوارد فيه ، ظنامنه أن التوفيق بين النصوص الواردة في السن إنما يحصل بذلك - واضح الفساد ، لمخالفته اجماع الامامية بل المسلمين كافة ، فان العلماء مع اختلافهم في حدّ البلوغ بالسن مجمعون على أن البلوغ الرافع للحجر هو الذي يثبت به التكليف ، و أن الذي يثبت به التكليف في العبادات هو الذي يثبت به التكليف في غيرها ، و أنه لافرق بين الصلاة و غيرها من العبادات ، فيه .

بل هو أمر ظاهر في الشريعة ، معلوم من طريقة فقهاء الفريقين ، وعمل المسلمين في الاعصار والامصار من غير نكير ، ولم يسمع من أحد منهم تقسيم الصبيان بحسب اختلاف مراتب السن ، بأن يكون بعضهم بالغاً في الصلاة مثلاً غير بالغ في الزكاة ، أو بالغاً في العبادات دون المعاملات ، أو بالغاً فيها غير بالغ في الحدود ، وماذاك إلاّ لكون البلوغ بالسن أمراً متحداً غير قابل للتجزية والتنويع ، على أن في جملة من نصوص المقام خبري المروزى [6] و ابن راشد [7] المصرحين بوجوب الفرائض والحدود على

---

(١) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢-

(٢) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٣-

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب -٤- من ابواب مقدمة العبادات الحديث - ٢ - ٧-٣-

(٦) المستدرك ج -١- ص ٧ .

(٧) الوسائل الباب -١٥- من ابواب احكام الوقوف والصدقات الحديث -٤-

الغلام باكمال الثمان ، والتوفيق بينهما و بين التحديدات غير ممكن .

وكذا ما ورد في الوجوب على ذي ست ، و عدم الوجوب على من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة ، أو أربع عشر ، و مادل على وجوب الصوم على الجارية بالتسع ، و مادل على عدمه عليها إلا بالثلاث عشر .

و بالجملة فالنصوص مختلفة اختلافاً لايرجى جمعه بنحو ذلك ، وإنما الواجب النظر في اخبار المسألة بالنسبة إلى المكافأة وعدمها ، ثم الاخذ بالراجح ، وترك المرجوح أو تأويل ما يمكن فيه منه بالحمل على التمرين والتأديب ، أو غير ذلك ، كما فعله الأصحاب ، وقد بان لك بحمدالله الراجح منها والمرجوح ، والله أعلم بحقيقة الحال، هذا كلّه في السن والانبات والانزال .

﴿ أمّا الحمل والحيض فليسا بلوغاً في حق النساء ﴾ بلاخلاف معتد به أجده فيه ، بل نفاه عنه غير واحد من دون استثناء ، ففي المسالك « لاخلاف في كون الحيض والحمل دليلين على البلوغ ، كما لاخلاف في كونهما بلوغاً بأنفسهما » بل هو ظاهر العلامة في التذكرة والتحرير حيث نفى الخلاف في كون الحيض دليلاً على البلوغ والدليل في كلامهم هنا خلاف السبب ، لكن في المبسوط أن البلوغ يحصل بثلاثة الاحتلام ، والحيض ، والسّن ، ثم قال: والحمل دلالة على البلوغ ، وكذا الانبات على، خلاف فيه ، و ظاهره كون الحيض بلوغاً دليلاً على سبقه ، و مثله ما في الوسيلة لكن يمكن أن يريدا بذلك عدم دلالته على السبق بزمان يسع التكليف ، لجواز اتصاله بالسن ، ووقوعه بعدكمال التسع بلافصل ، فيكون كالسبب في البلوغ ، لابمعنى جواز التقدم عليه فان امتناعه مقطوع به في كلام الأصحاب ، كما أنه يمكن ارادة ثاني الشهيدين من العبارة السابقة أنه لاخلاف في كون الحمل والحيض دليلين على سبق البلوغ كما لاخلاف في كون هذين الأمرين المذكورين في المتن المفهومين ضمناً من دلالة الحمل والحيض على السبق بلوغاً في أنفسهما ، و يمكن ارجاع الضمير إلى الحمل والحيض على معنى ارادة تعليق أحكام البلوغ عليهما في الشرع ، و إن كانا كاشفين عنه حقيقة .

ففي خبر عبدالرحمان بن الحجاج [١] عن الصادق عليه السلام « ثلاث يتزوجن على كل حال ، وعدّ منها التي لم تحض و مثلها لاتحيض ، قلت : و ماحدّها قال: إذا أتى لها أقل من تسع سنين ».

وروايته الاخرى [٢] عنه أيضاً « ثلاث يتزوجن على كلّ حال و ذكر من جملتها التي لم تحض و مثلها لاتحيض ، قال : قلت : و متى يكون كذلك قال مالم تبلغ تسع سنين ، فأنها لاتحيض و مثلها لاتحيض ».

و رواية عبدالله بن عمر [٣] قلت لأحدهما : الجارية يشتريها الرجل وهي لم تدرك أو قديئست من المحيض ؟ قال : لابأس بأن لايستبرءها ».

وموثق عبدالله بن سنان [٤] إذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة وكتبت عليه السيئة وعوقب ، وإذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك ، وذلك أنها تحيض لتسع سنين .

و خبر يونس بن يعقوب [٥] أنه سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يصلي في ثوب واحد ؟ قال : نعم ، قلت : فالمرأة قال : لايصلح للحرة إذا حاضت إلّا الخمار ، إلا أن لاتجده » وغيرها من النصوص المعلّقة لأحكام البلوغ على الحيض .

أمّا الحمل فقد يدل عليه الحسن كالصحيح [٦] « عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: في رجل ابتاع جارية ولم تطمث قال : إن كانت صغيرة لايتخوف عليها الحبل فليس عليها عدة ، وليطأها إن شاء ، و إن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها العدة » .

---

(١) الوسائل الباب -٢- من ابواب العدد الحديث -٣- .

(٢) الوسائل الباب -٣- من ابواب العدد الحديث -٥- .

(٣) الوسائل الباب -١١- من ابواب بيع الحيوان الحديث -١- .

(٤) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢- .

(٥) الوسائل الباب -٢٨- من ابواب لباس المصلى الحديث -٤-

(٦) الوسائل الباب -٣- من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث -١-

ومرسل جميل[1] عن أحدهما عليهما السلام «في الرّجل يطلق الصّبية التي لم تبلغ ولا يحمل مثلها وقد كان دخل بها، والمرأة التي قد يئست من المحيض وارتفع حيضها ولا يلد مثلها؟ قال: ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما».

وموثق محمد بن مسلم[2] عن أبي جعفر عليه السلام «قال: «التي تحبل مثلها لاعدّة عليها».

وخبر منصور بن حازم[3] سألت أباعبدالله عليه السلام عن الجارية لايخاف عليها الحبل قال: ليس عليها عدّة».

وخبر ابن أبي يعفور[4] عن الصادق عليه السلام أيضاً «في الجارية التي لم تطمث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرّجل قال: ليس عليها عدّة يقع عليها».

بل قد يشهد لذلك أيضاً فحوى الأخبار المستفيضة[5] المتضمنة لنفي العدّة عن الصغيرة والتي لم تبلغ المحيض، فإن الوجه في انتفاء العدة في مثلها على مايستفاد من النصوص عدم الاسترابة بالحمل في مثلها، ومقتضى ذلك خروجها عن حدّ الصغر بامكان الحمل، فخروجها عنه بتحققه أولى.

وعلى كلّ حال فقدبان لك ممّا ذكرنا عدم كونهما بلوغاً بانفسهما * بل قد يكونان دليلين على سبق البلوغ * في مثل المجهول حالها، بأن يكون الحيض منها كاشفاً عن حصول العدد لها، فلايرد أن الدّم الذي تراه قبل التسع ليس بحيض، وبعدها يكون بلوغها بالسن، فلا أثر للحيض في الدلالة، إذ الجواب ما أومأنا اليه من ظهور القاعدة في مجهولة السن، فإن بلوغها يعرف بالحيض، لدلالته على السنّ الدّال عليه، لابالسنّ، لفرض جهالته.

نعم يعتبر فيه معلومية كونه حيضاً من الصّفة أوغيرها، ولايكفي هنا ما اشتهر بين الفقهاء من قاعدة الامكان، إذ هو مشروط ببلوغ التسع كما صرّحوا به، والفرض

(١) الوسائل الباب -٢- من ابواب العدد الحديث -٣-.

(٢) الوسائل الباب -٣- من ابواب العدد الحديث -٢-.

(٣و٥) الوسائل الباب -٣- من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٢-٣-.

(٤) الوسائل الباب -٢- من ابواب العدد.

في المقام الاشتباه .

ومن هنا قال في التذكرة : «لو اشتبه الخارج أنه حيض أم لا لم يحكم بالبلوغ ، ولا يحكم إلا مع اليقين عملاً بالاستصحاب» وهو كذلك ومعه يسقط اعتبار الصفة ، فإنها إنما تعتبر في صورة الشك .

وأما دلالة الحمل على السبق فباعتبار قضاء العادة بتقدم الحيض، وباعتبار كونه مسبوقاً بالانزال الذى قد عرفت سببيته للبلوغ ، لأن تكوّن الولد إنما يكون من اختلاط مجموع المائين ، و هو المراد من الأمشاج في الآية الكريمة[1] على ما هو المشهور بين المفسّرين كإرادة صلب الرجل وترائب المرأة من قوله تعالى[2] «يخرج من بين الصلب والترائب» لاصلب الرجل وترائبه ، ولا أن المراد بالامشاج الاخلاط من الطبايع التي تكون في الانسان من الحرارة والبرودة و الرطوبة واليبوسة ، ولا الاطوار والشؤن ، ولا الاختلاط من مني الرجل وحيض المراة ، مع أنه على الاخير يتم المطلوب أيضاً .

وما ذكرناه في الآيتين هو المروي عن ابن عباس بل هو موافق للنصوص الكثيرة عن النبي ﷺ والائمة عليهم السلام على أن خلق الولد من المائين و أنّ ماء الرجل أبيض غليظ، وماء المراة أصفر رفيق، وأن العظم والعصب والعروق من نطفة الرجل والشعر والجلد واللحم من نطفة المرأة ، وأن الذكورة والانوثة والشبه بالاعمام والاخوال من تسابق المائين ، وعلو أحدهما على سابقه روى ذلك الصدوق ، والراوندي ، والطبرسي، في المحكي عن العلل ، والقصص ، والمجمع والاحتجاج .

وما عن الحكماء و الاطباء من الاختلاف في منى المرأة فعن أرسطو و أتباعه أنه لامني لها و انما ينفصل عنها رطوبة شبيهة بالمني إذا امتزج بها مني الرجل تولد منها مادة الجنين ، وذلك لوجود القوة العاقدة في مني الرّجل و المنعقدة في رطوبة المرأة .

---

(١) سورة الدهر الاية -٢- .

(٢) سورة الطارق الاية -٦- .

وعن جالينوس وأكثر الأطباء أن للمرأة منيّا كالرجل ، وفي كل منهما قوّة عاقدة ومنعقدة ، لكن مني الذكر أشد وأقوى في الفعل والتأثير من مني الانثى ، وعن الحكماء أن مبدء التصوير في مني الرجل ، و مبدء التأثير و التصوّر في مني المرأة ، وإنّما المني إنّما يقال عليهما بمحض اشتراك الاسم ، والاّ فمني الرجل حار نضيج ثخين ، ومني المرأة جنس من دم الطمث ، و إنّما حصل به استحالة يسيرة ، لايبعد به عن الدم بعد مني الرجل منه ، ولذا يسمونه طمثاً لامنياً .

وعن بعض المحققين انّ المني عند الحكماء و هو الماء الجامع لبياض اللون و رائحة الطلع، والدفق واللّذة والقوة العاقدة غير قادح في شيء مما ذكرنا ، ضرورة كون النزاع بين الفريقين لفظياً ، وأن الاتفاق منهما واقع على أن تكوّن الولد من مجموع المائين ، و العبرة في التسمية بالعرف و اللغة و رطوبة المرأة تسمّى منياً فيهما ، و خروجها عنه باصطلاح الحكماء لايقدح في ثبوت الحكم الشرعي المنوط بغيره ، كما هو واضح .

وعلى كل حال ففي التذكرة والقواعد و المسالك « أن دلالة الحمل على البلوغ منوطة بالوضع ، لعدم العلم بتحققه بدونه ، فبعد الوضع يحكم بالبلوغ قبله» .

قلت الأجود إناطة الحكم بالعلم في أصل الحمل، وابتدائه فلو علم به قبل الوضع حكم بالبلوغ، وكذلك لو علم بكونه لأكثر من ستّة أشهر حكم به ، لما يحتمل النقص عنه، ولافرق في دلالة الحمل على البلوغ بين أن يكون الولد تاما أو غير تام، إذا علم أنه مبدء نشو آدمي ، كما في العلقة والمضغة ، ويسقط اعتبار الستّة أشهر هنا . وللرجوع إلى الاربعين -كما دلت عليه الروايات في مراتب النشو- وجه وجيه .

ثم لايخفى عليك أن الحاجة إلى هذه العلامة فيما إذا تحقق الحمل للمرأة من غير إحساس بالانزال ، فلو أحسّت به حصل لها العلم بالبلوغ بذلك ، وجرى عليها القلم ، وإن توقف الحكم به ظاهرا على ظهور الحمل ، أو تحقق الوضع والله هو العالم بحقيقة الحال .

﴿ تفريع : الخنثى المشكل ﴾ بناء على الانحصار في الرجل والمرأة ، و أنه

لاقسم ثالث إن نبت شعره الخشن حول الفرجين أوبلغ سنه الخمس عشر ﴿ لوخرج منيـه من الفرجين ﴾ أو أمنى من فرج الذكر بعدمضي تسع ، وإمكان الامناء من الذكر ﴿ حكم ببلوغه ﴾ بلاخلاف أجده بيننا ﴿و﴾ لاإشكال ضرورة حصول سبب البلوغ في الفرضين ، إن كان رجلاً أو امرأة .

نعم ﴿ لوخرج ﴾ منيه ﴿ من أحدهما يحكم به ﴾ بناء على اعتبار اعتياد المخرج في الدلالة على البلوغ ، لجواز كون ذلك الفرج زائداً ، فلايكون معتاداً أما لوصار ذلك معتاداً أوقلنا بدلالة خروج المني مطلقا على البلوغ ، اتّجه الدلالةهذا.

وفي المسالك بعد أن حكم بعدم الدلالة قال: «ومثله مالوحاض من فرج النساء خاصّة هذا هو الذي اختاره أكثر العلماء ولبعض العامة قول بأن ذلك كاف في البلوغ لان خروج المني من فرج الذكر يحكم بكونه ذكراً ، كما يحكم به لوخرج البول منه خاصّة ، وكذا القول في الحيض والمني من فرج الانثى ، ولان خروج مني الرجل من المرأة والحيض من الرجل مستحيل ، وكان دليلاً على التعيين ، ومتى ثبت التعيين كان دليلاً على البلوغ ، ولأن خروجهما معاً دليل البلوغ ، فخروج أحدهما أولى ، لأن خروجهما يفضي إلى تعارضهما ، واسقاط دلالتهما ، إذ لايتصور حيض صحيح و مني رجل ، ونفى في التذكرة البأس عن هذا القول ، وهو في محلّه نعم لوصار ذلك معتاداً قويت الدلالة » .

قلت لاينبغي التأمل في دلالة الحيض ، بعد فرض العلم بكونه حيضا ، لأنه بصفاته و ان احتمل كونه غير حيض على التعيين ، و على البلوغ ، كما أنه لاينبغي التأمل في دلالة المني الخارج من الفرج بعد العلم بكونه منياً عليهما أيضاً ، إذاكان خروجه في زمان عدم امكان خروجه من الذكر ، لاستحالة ذلك من غير الأنثى كما هو واضح .

أما لوكانا بالصفة مع احتمالهما غيرهما ، فالمتّجه ماهو المشهور من عدم الدلالة على أحدهما ، لما عرفت ، وقياسه على البول مع أنه منصوص هو مع الفارق ، ضرورة كون المفروض أنهما بالصفات ، و إن لم يقطع بكونهما حيضاً أومنياً ، و دعوى أن

الصفات مما تورث العلم ظاهرة الفساد ، وإلاّ لم يمكن فرض التعارض فيهما في المسألة التي ذكرها المصنف و غيره بقوله .

﴿ ولو حاض من فرج الاناث وأمنى من فرج الذكور حكم ببلوغه ﴾ على المشهورين الاصحاب ، نقلاً إن لم يكن محصلاً ، بل في المسالك «أن دلالة ذلك عليه واضحة ، لأنه إما ذكر فقد أمنى ، و إما أنثى فقد حاضت » وللعامة قول بعدم ثبوت البلوغ بذلك ، لتعارض الخارجين واسقاط كل واحد منهما الآخر ، ولهذا لايحكم والحال هذه بالذكورة ولا بالانوثة ، فيبطل دلالتهما كالبينتين اذا تعارضتا ، بل في المسالك « هو وجه في المسألة » .

قلت : هو مع أنه مناف للوضوح الذي ادعاه سابقاً اللهم إلاّ أن يريد بالوجه مطلق الاحتمال وان كان واضح الضعف تعارضهما بالنسبة إلى الدلالة على الذكورة أو الانوثة لايقضي به بالنسبة إلى البلوغ ، ضرورة عدم التلازم بينهما كما هو واضح والله أعلم .

﴿ الوصف الثاني ﴾ الذي يتوقف عليه رفع الحجر ﴿ الرشد ﴾ في المال بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل الكتاب والسنة دالة عليه أيضاً ، والمرجع فيه العرف كما في غيره من الالفاظ التي لاحقيقة شرعية لها ، ولا لغوية مخالفة للعرف ، و ما عن الكشاف - من أن الرشد الهداية ، والقاموس الاهتداء ، والنهاية و الصحاح خلاف الغي ، المفسّر فيهما بالضلال - لاينافي ما ذكره الاصحاب في المقام ، إذ هو بالنسبة إلى خصوص المال ، ولو سلم فالعرف مقدّم على اللغة عندنا ، كما حررناه في محله .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ هو أن يكون مصلحاً لماله ﴾ و قد قيل : إنه طفحت به عباراتهم ، بل عن التنقيح «أنه لاشك فيه عند العرف» ومجمع البرهان « هو الظاهر المتبادر منه عرفا ، و أنه هو الذي ذكره الاصحاب » و عن مجمع البيان « أنه العقل وإصلاح المال و هو المروي عن الباقر عليه السلام »[1] و عن مجمع البحرين عن الصادق - عليه السلام[2] في تفسير الآية أنه حفظ المال » .

ولعلّ مرجع الجميع إلى شيء واحد ، و هو ما صدق عليه عرفاً انه رشد

---

(١) (٢) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٧- -٦- .

بالنسبة إلى المال ، إلاّ أن قاعدتهم في مثل هذه الألفاظ الراجعة إلى العرف عدم التحديد التام ، إتكالاً عليه ، بل ربّما لاينافي في بعض المقامات تحديده على الوجه التام ، و من هنا قد عرفت تفسيره بما سمعت ، و في القواعد و عن غيرها أنه كيفية نفسانية تمنع من افساد المال ، وصرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء ، و كثير منهم ممّن فسّره بالاصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر ، وجميع ذلك عند التأمل فضول لوفاء العرف في مصداقه ، فليس من وظائف الفقيه البحث فيه ، فضلاً عن الاطناب.

نعم جرت عادتهم بذكر تفسير له على جهة الاجمال ، ولذا تختلف في القيود ، ومن هنا يعرف ما في المسالك في شرح عبارة المتن معترضاً بها عليه ، بل و على غيره قال : «ليس مطلق الاصلاح موجباً للرشد ، بل الحق أن الرشد ملكة نفسانية تقتضي اصلاح المال ، وتمنع من افساده ، وصرفه في غير الوجوه اللائقه بافعال العقلاء .

واحترزنا بالملكة عن مطلق الكيفية ، فانها ليست كافية ، بل لابدمن أن تصير ملكة يعسر زوالها ، وباقتضائها اصلاح المال عمّا لوكان غير مفسد له ، ولكن لارغبة له في اصلاحه على الوجه المعتبر عند العقلا ، فان ذلك غير كاف في تحقق الرشد، و من ثم يختبر بالاعمال اللائقة بحاله ، كما سيأتي ، ويمنعه من إفساده عمّا لوكان له ملكة الاصلاح والعمل ، و جمع المال ، ولكن ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله ، فانه لايكون رشيداً » .

و فيه أولاً : أنه من المعلوم إرادة الصفة اللازمة ضرورة عدم صدق الرشيد عرفاً على من حصل منه ذلك على وجه الاتفاق ، ومرجع الملكة إلى ذلك فهي مرادة للجميع بهذا المعنى قطعاً ، والمراد باصلاح المال حفظه والاعتناء بحاله ، وعدم تبذيره والمبالاة ونحو ذلك ممّا ينافيه العرف بالاعمال التي لاتليق بحاله .

أما تنميته والتكسب به فقد يمنع اعتباره في الرشد عرفاً ، من غير فرق بين أولاد الرؤساء وغيرهم ، وستعرف عدم وجوب الاختبار بالاعمال اللائقة بحاله ، و انما هو طريق من طرق معرفة الرشد، كالغزل والاستغزال ، والنسج والاستنتاج في الانثى والجمع بينهما في الخنثى ، ضرورة عدم توقف تحقق الرشد عرفاً على ذلك ، بل قد

يتحقق عرفاً بدونه ، كما هو واضح بأدنى تأمّل . و بالجمله إطالة الكلام في تحقق مصداق الرشد في المال مع وفاء العرف به تضييع للعمر فيما لاينبغى .

﴿ و ﴾ أولى من ذلك البحث في أنّه ﴿ هل يعتبر ﴾ فيه ﴿ العدالة ﴾ أولا حتى قال المصنف ﴿ فيه تردّد ﴾ بل وخلاف فمن الشيخ ، والراوندي ، وأبي المكارم، و فخر الاسلام ، اعتبارها ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، والمشهور نقلاً و تحصيلاً - بل في المسالك و محكي التذكرة نسبته إلى أكثر اهل العلم - العدم ، اذ لاريب في صدق العرف بدونها ، ولو كانت معتبرة في الابتداء لاعتبرت في الاستدامة ، و هو معلوم الفساد بالسيرة القطعيّة فيمعاملة المخالفين ، و أهل الذمّة والفسقهوغيرهم.

ومن هنا حكي عن التذكرة الاجماع على عدم التحجير بطروّ الفسق الذي لم يستلزم تبذيراً ، و على عدم مدخلية ترك المروّة ككشف الرأس و مدّ الرجل وأشباه ذلك في العدالة على تقدير اعتبارها في دفع المال .

قلت : بل يمكن دعوى كونه ضرورياً يشك في اسلام منكره ، و قد صرّح الأصحاب بجواز بيع الخشب لمن يعمل الاصنام ، والتمر والزبيب لمن يصنع الخمر.

فمن الغريب النقل عن الشيخ في الخلاف ، والمبسوط ، وابن زهره التزام ذلك بل هو في المبسوط لم يجعل ذلك احتياطاً ، كالمحكي عن الخلاف ، والغنية المستظهر من الاحتياط فيهما الوجوب دون الندب ، مع أنّ الإنكار عليهما في الاحتياط لو أريد منه الاستحباب واضح ، فضلاً عمّا لو لم يكن احتياطاً .

وأغرب من ذلك استدلالهما عليه بقوله[1] « ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» بضميمة ماروي عنهم[2] «من أن شارب الخمر سفيه» وبأن الفاسق موصوف بالغي الذى هو ضد الرشد المعتبر في المال ولان المتيقّن العدل دون غيره ، و نحو ذلك مما لايليق بالفقيه جعل شيء منها مدركاً للحكم الشرعي كماهو واضح .

واطرف من ذلك كله القول بانه لايرد عليهما على تقدير قولهما بذلك شيء

(١) سورة النساء الاية -٥-

(٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث -٨- .

مما ذكر ، لان العدالة عندهما ظاهر الاسلام مع عدم ظهور الفسق ، أوحسن الظاهر، وهما معاً متحققان في غالب الناس إنهوكماترى .

نعم لهما الفرق بين الابتداء والاستدامة مع أنه ليس لهما أيضاً ، للقطع بتحقق الرشد عرفاً بدونها ، فلايجوز منع مال الناس بامثال هذه المزخرفات ، وبعض أفراد الفسق الذي يرتفع معها وصف الرشد ويثبت بها وصف السفه لا يقضي باعتبار العدالة في ماهية الرشد قطعاً ، كما هوواضح وبالجملة الاطناب في ذلك كما وقع لبعضهم أيضاً من تضييع العمر، فيما لاينبغى كالمسألة السابقة والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿اذالم يجتمع الوصفان﴾ اى البلوغ والرشد﴿كان الحجر باقياً ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ﴿ وكذا لولم يحصل الرشد ولوطعن في السن ﴾ لاطلاق الأدلة خلافاً لبعض العامة فاوجب دفع المال إليه إذا بلغ خمسة وعشرين سنة .

وعلى كلّ حال ﴿و﴾أماما ﴿يعلم﴾ به﴿رشده﴾فهوأيضاً بطرق لاتنحصرعرفاً ومنها معرفته﴿ باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على المكايسة في المبايعات، وتحفظه من الانخداع ، وكذا تختبر الصبيه﴾ وحينئذ فيعرف ﴿ رشدها بأن تحفظ من التبذير ، و أن تعتني بالاستغزال مثلاً ، و بالاستنتاج ، إن كانت من أهل ذلك أو بمايضاهيه من الحركات المناسبة لها﴾ ويأتي تمام الكلام في آخر المبحث إنشاءالله تعالى.

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿يثبت الرشد بشهادة الرجال في الرجال﴾ إجماعاً﴿ وبشهادة الرجال﴾ منفردين ﴿والنساء﴾ كذلك ﴿في النساء﴾ أومع التلفيق بلاخلاف أجده فيه ، بل قيل : عليه الاجماع في كثير من العبارات ، و إن كنّالم نتحققه ﴿ دفعاً لمشقة الاقتصار﴾ على الرجال فيهن وغيره فيندرج فيمادّل على نفيهما من الآية والرواية.

بل قد يندرج فيمادل على قبول شهادتهن فيما يعسر اطلاع الرجال عليه من النصوص ، و إن كان لايخلو من بحث لولا الاعتضاد باتفاق الأصحاب ، ظاهراً عليه ، فظهر حينئذ عدم الاشكال في الحكم بجميع أفراده والخناثى كالنساء على الظاهر .

إنّما الكلام في اعتبار قيام بيّنة الرشد عند الحاكم وحكمه بها في الثبوت ، أو يكفي قيامها بعد معلومية جمعها للشرائط من العدالة ونحوها عند من في يده المال،

ربما احتمل الاول ، لمعلومية اعتبار الحاكم في الشهادة ، و الغرض أن المقام من موضوعها ، وإلا لاكتفى بخبر الواحد ، و قديقوى الثاني خصوصاً مع تعذر الحاكم أو تعسّر الوصول إليه لعموم قبول البيّنة ومنع اشتراطها بالحاكم في المقام ، وأمثاله الذى قيل أنه يكتفى فيه بالظاهر ، للسّيرة القطعية في معاملة مجهول الحال ، والبيّنة لاتقصرعنه ، كما إنّه قيل بتحقق وصف الرشد بقيامها ولوعند غيره ، فيحصل حينئذ شرط الدفع ، و إن كان لايخلو من نظر، وتمام الكلام في المسألة في مقام آخر، ضرورة كثرة أفرادها والله أعلم هذا كله في الرشد .

﴿وأما السفيه﴾ بالنسبة إلى المال ﴿فهو﴾ المقابل له فيكون عبارة عن ﴿ الذى يصرف أمواله في غير الاغراض الصحيحة﴾ عند العقلاء ولو أبناء الدنيا ، لما عرفت من أن الرشد إصلاح المال ، وتحققه لايحصل إلا بعدم الصرف في غير الاغراض الصحيحة، وتمام الكلام فيه يعرف مما قدمناه في الرشد ، وأنّ مرجعه إلى العرف الذي لاشك في عدم تحققه بمجرد الصرف في مطلق المعاصي ، إما لأنه ليس تبذيراً ، أو لانه لايتحقق السفه عرفا .

لكن في المحكي عن التحرير إن استلزم فسقه التبذير -كشراء الخمر وآلات اللهو والنفقة على الفاسق- لايسلم اليه شيء لتبذيره ، وفي المحكي عن التذكرة: الفاسق إذا كان ينفق أمواله في المعاصي ويتوصل بها إلى الفساد فهو غير رشيد ، ولاتدفع إليه أمواله اجماعاً ، بل قيل : الظاهر أنه اجماع الأمة .

وفيه : أن مثله قدلايعدّ عرفاً سفيهاً، خصوصاً الانفاق على الفاسق، وإلاّ لاتّجه ماعن الاردبيلي من الاشكال بأنه قلّ مايخلوعن ذلك الانسان، فإنهم يشترون مالايجوز ويستعملون الرّبا ، ويعطون الأموال للمغني واللاعب بالمحرم ، و إلى من يأخذ من الناس الأموال قهراً، خصوصاً الحكام والظلمة ، فيلزم أن يكونوا سفهاء لاتجوز معاملتهم ومناكحتهم وأخذ عطاياهم ، وزكواتهم وخمسهم ، فإنهم سفهاء ، باجماع الأمة كما فهمناه من التذكرة مع أنهم صرّحوا و أطلقوا معاملاتهم ، ومناكحتهم ، و قبول جوائزهم ، وقالو ابكراهتها .

بل يمكن أن يقال : إن صرفه في العنب بأن يعمل خمراً ، و في الخشب بأن يعمل صنماً ونحو ذلك صرف في المحرم ، فيكون فاعله سفيهاً لاتجوز معاملته ومناكحته، مع أنهم جوزوا ذلك وقالوا بكراهتها ، ولاشك أن صرفه ولو كان قليلاً من الإطعام للرّيا والسمعة وغير ذلك من الاغراض الغير الصحيحة شرعاً حرام ، فيكون موجباً للسفه ، ومن الذي يخلو عنه من أرباب الاموال فيلزم عدم جواز أخذ العطية بل الزكاة والخمس منهم فتأمّل .

وبالجملة فالتنزه عنه متعسّر جداً، فإنه لولم يعامل السفيه ، فإنه يعامل من يعامله ، ويصعب ذلك أيضاً أنهم قالوا أنّ الرشد شرط ، فلابدّ من تحققه ، ليعمل بالمشروط، فمن جاء إلى سوق كيف يعرف ذلك،بل كيف يعرف حصول الرشد الابتدائي الذى هو شرط بالاجماع ، فالظاهر أنهم يبنون على الظاهر ، و يتركون الاصل ، فإن حال الانسان أنه لم يفعل حراماً ، ولايصرف ماله فيه .

ولعل هذا المقدار كاف للعلم بالرشد المطلوب في جواز المعاملة و المناكحة ، ولهذا مانقل الامتناع والتفحص عنهم ﷺ، ولاعن أحد من العلماء المتدينين،ويكون الاختبار الابتدائي لتسليم المال للنص والاجماع .

وفيه أن ذلك لايجدي في المعلوم حالهم، كالحكام وغيرهم ومن هنا التجأ بعضهم إلى الجواب بأن السفيه لاتجوز تصرفاته بعد الحجر عليه لاقبله، وليس السفه بنفسه موجباً للمنع ، وهو أيضاً مناف لاطلاق النص والفتوى ، بل وقوله[1] «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» و غيره فالتحقيق ماعرفته من أن المناط في تحققه و صدقه العرف ، ولاريب في عدمه عرفاً في جميع ماذكره ، ضرورة اختلاف اصناف الناس ، فقد يليق بالسلطان مالايليق بغيره ، ولايعدّ به سفيهاً ، وإن كان صرفه في محرّم كماهو واضح .

وقد عرفت أن السيرة القطعية على معاملة مجهول الحال ، عملاً بظاهر الحال ، وأصل الصحة وغير ذلك ، وحيث عرفت أن المدار في السفه والرشد على العرف ، فقد

(١) سورة النساء الاية -٥- .

يقال بتحقق الأول منهما فيه بصرف جميع المال في وجوه البر، خصوصاً بالنسبة إلى بعض الاشخاص ، والازمنة ، والامكنة ، والأحوال،كما أومأ إليه رب العزة بقوله[١] «ولاتجعل يدك مغلولة إلى عنقك ولاتبسطها كل البسط » [٢]«ويسئلونك ماذا ينفقون قل العفو » .

وهو كما عن الصادق عليه السلام[٣] «الوسط من غير إسراف ولا إقتار» والباقر[٤] عليه السلام «ما فضل عن قوة السنة» وابن عباس «ما فضل عن الاهل والعيال ، أوالفضل عن الغنى» .

وعن النبي صلى الله عليه وآله[٥] «انه قال : لمن أتاه ببيضة من ذهب أصابها في بعض الغزوات يجيء أحدكم بماله كله يتصدق به ، و يجلس فيكفف الناس ، إنما الصدقة عن ظهر غنى » .

و المرسل[٦] عن الصادق عليه السلام «لوان رجلاً أنفق ما في يده في سبيل الله ماكان أحسن ، ولاوفق للخير، أليس الله تبارك وتعالى يقول «ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا ان الله يحب المحسنين » .

وعن الصادق عليه السلام [٧] أيضاً «قوله والذين إذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا و كان بين ذلك قواما » فبسط كفه وفرق أصابعه ، و حناها شيئاً و قوله « ولاتبسطها » فبسط راحته ، وقال: هكذا وقال : القوام مايخرج من بين الأصابع ويبقى في الراحة منه شيء » .

وعنه[٨] أيضاً «أنه تلاهذه الاية فأخذ قبضة من حصى وقبضها بيده ، فقال : هذا الاقتار الذي ذكره الله تعالى في كتابه ، ثم قبض قبضة أخرى فارخى كفه كلها ثم قال:

---

(١) سورة الاسراء الاية -٢٩- .

(٢) سورة البقره الاية - ٢١٩ .

(٣-٤) الوسائل الباب -٢٥- من ابواب النفقات الحديث ١٥-و-١٦ - .

(٥) المستدرك ج - ١ ص ٥٤٤ .

(٦) الوسائل الباب -٢٥- من ابواب النفقات الحديث ٧ .

(٧) الوسائل الباب -٢٥- من ابواب النفقات الحديث -٧- .

(٨) الوسائل الباب ٢٩- من ابواب النفقات الحديث -٦- .

هذا الاسراف ، ثم قبض أخرى فأرخى بعضها وأمسك بعضها ، وقال : هذا القوام » .

وفي صحيح الوليد بن صبيح[1] عنه أيضاً « أن رجلاً كان ماله ثلاثين أو أربعين ألف درهماً ثم شاء أن لايبقى منها إلاوضعها في حق فيبقى لامال له فيكون من الثلاثة الذين يردّ دعاؤهم قلت : من هم قال : أحدهم رجل كان له مال فانفقه في وجهه ، ثم قال : يارب ارزقني فيقال له : ألم أرزقك » .

بل في صحيح ابن أبي نصر[2] عن أبي الحسن عليه السلام سألته عن قول الله عزّ وجلّ «وآتوا حقه» إلى آخره كان أبي يقول من الاسراف في الحصاد ، والجذاذ ، أن يتصدّق بكفّيه جميعاً ، وكان أبي عليه السلام إذا حضر شيئاً من هذا فرأى أحداً من غلمانه أنه يتصدّق بكفّيه صاح اعط بيد واحدة ، القبضة بعد القبضة ، والضغث بعد الضغث من السنبل » .

وفي خبر ابن المثنى[3] «سأل رجل أباعبدالله عليه السلام عن قول الله « وآتوا حقه يوم حصاده »فقال : كان فلان بن فلان الانصاري سمّاه وكان له حرث وكان إذا جذّه يتصدّق به ويبقى هو وعياله بغير شيء ، فجعل الله ذلك سرفاً » .

وعنه[4] أيضاً «أنه لما دخل الصوفية عليه أنكر عليهم مايأمرون به الناس من خروج الانسان من ماله بالصدقة على الفقراء والمساكين»وفي بعض الاخبار[5] «أن السرف ان تجعل ثوب صونك ثوب بذلتك» و في بعضها[6] أن السرف أمر يبغضه الله عزّ وجلّ حتى طرحك النواة ، فإنها تصلح لشيء ، وحتى فضل شرابك .

وفي خبر اسحاق[7] «ليس فيما أصلح البدن اسراف ، وفيها إنّما الاسراف فيما

(١) الوسائل الباب -٤٢- من ابواب الصدقة الحديث -١- .
(٢) الوسائل الباب -١٦- من ابواب زكاة الغلاة الحديث ١ .
(٣) الوسائل الباب -٤٢- من ابواب الصدقه الحديث -٣- مع اختلاف يسير .
(٤) الوسائل الباب -٢٨- من ابواب الصدقة الحديث -٨- .
(٥) الوسائل الباب -٩- من ابواب احكام الملابس الحديث -٢- .
(٦) الوسائل الباب -٢٥- من ابواب النفقات الحديث -٢- .
(٧) الوسائل الباب -٢٦- من ابواب النفقات الحديث -١-

أفسد المال وأضرّ بالبدن ، قيل وما الإقتار قال : أكل الخبز والملح ، وأنت تقدرعلى غيره ، قيل : فما القصد قال : الخبز و اللحم و اللبن و الخل ، و السمن ، مرّة هذا ، و مرة هذا » و نحوه غيره لكن في القواعد ان صرف المال في وجوه الخير ليس تبذيراً ، كما عن ظاهر مجمع البرهان ، بل و عن مجمع البيان ، بل في المسالك إن المشهور ذلك لأنه لاسرف في الخير ،كما لاخير في السرف ، ولم يثبت كونه خيراً » وعن النبي(١) صلى الله عليه وآله «انه قال : لعلي عليه السلام وأما الصدقة فجهدك » وبالنصوص(٢) الدالة على الترغيب في ذلك ، بل في المسالك «ومن المستفيض خروج جماعة من أكابر الصحابة وبعض الأئمة كالحسن عليه السلام صلات من اموالهم في الخير ، وقصة صدقة أمير المؤمنين عليه السلام بالاقراص مشهورة ، و في الاوّل أنه لادلالة على القرض كالنصوص ، والمستفيض عنهم لعله لانه يليق بهم مالا يليق بغيرهم وعلى كلّ حال فالمحكم العرف كما عرفت والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ﴿فلو باع والحال هذه﴾ أي غير رشيد ﴿لم يمض بيعه﴾ ولا شراؤه ولا غير ذلك من عقوده ومعاملاته إذا حجر عليه الحاكم، أو مطلقا على الخلاف ، ﴿وكذا لو وهب أو أقرّ بمال﴾ والضابط: المنع من التصرّفات المالية بلا خلاف أجده فيه، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه ، بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجة بعد الاعتضاد بما دلّ عليه من كتاب وسنّة ، من غير فرق في ذلك بين ما ناسب أفعال العقلاء منها أو لا ، ولا بين العين والذمّة ، ولا بين الذكر والانثى ، بل هي أولى منه ، لنقصان عقلها، ويسر انخداعها .

ومن هنا حكي عن بعض العامة بقاء الحجر عليها وإن بلغت رشيدة ، والظاهر دخول تزويجها نفسها في التصرفات المالية من جهة مقابلة البضع بالمال ، فلا يجوز بدون إذن الولي ، أما الذكر فظاهر ، لان الصداق منه .

وما عن نكاح القواعد من أن السفيه إذا كان به ضرورة إلى النكاح ، وتعذر الحاكم والوليّ فانه يجوز ان يتزوّج واحدة لاأزيد بمهر المثل -خارج عما نحن فيه ،كالمحكي من نكاح التذكرة أيضاً من أنه لو نكح السفيه بغير إذن الولي مع حاجته اليه و طلبه

من الولي فلم يزوجه «قال الشيخ رحمه‌الله » الاقوى الصحة ، لأن الحق تعين له ، فإذا تعذر عليه ان يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه ، كمن له حق عند غيره ، فمنعه وتعذر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه بغير رضى المديون .

وحكي عن أحد وجهي بعض الشافعية أن النكاح يبطل ولاحدّ ولامهر ، وعن بعض أن لها مهر المثل ، وعن بعض أن لها أقلّ ما يتمول رعاية لحق السفيه ، ووفاء لحق العقد ، إذبه يتميّز عن السفاح ، ولتحقيق ذلك مقام آخر ، إنما الكلام في أنه ممنوع من التصرفات المالية بدون إذن الولي ، وحال تعذر الولي أومخالفته شيء آخر كما هو واضح .

﴿نعم يصحّ طلاقه ، وظهاره ، وخلعه ، واقراره بالنسب ، وبمايوجب القصاص﴾ ونحو ذلك مما ليس هو تصرفاً مالياً للاصل السالم عن المعارض ﴿ان المقتضي للحجر صيانة المال عن الا تلاف﴾ فيختص منعه بما يقتضيه دون ذلك ممالیس مالیاً ، ولايشكل الخلع إذا كان بدون المثل ، لأنه إذا كان له الطلاق بدون عوض أصلاً فمعه بطريق أولى ، أللهم إلاّ أن يفرق بين الخلع مطلقا و غيره بصدق المالية حينئذ فيراعى إذن الولي بمقداره وجنسه ونحو ذلك .

وكذا قد يشكل الاقرار بالنّسب إذا تضمّن الانفاق ونحوه ، مما يرجع إلى المال ، ويدفع بأنّ المال فيه تبعيّ لاأصلي ، وقد يقال : بقبوله في النسب خاصّة دون الانفاق ، ويؤيده أنه ربما يجعل ذلك وسيلة لاتلاف المال لوقلنا بقبوله ، بل جزم به في المسالك ، بل ظاهره أن هذا هو المعروف قال : « و إن كان أحدهما لاينفك عن الآخر إلّا أن تلازمهما غير معلوم ، بل هو كالاقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز ، فانه يثبت به المال دون القطع ، وبالعكس لوأقربها السفيه فانه يقبل في القطع دون المال » وحينئذ فالنفقة من بيت المال المعد لمصالح المسلمين ، وللشهيد قول بأنه ينفق عليه من ماله ، لأنه فرع ثبوت النسب ، ولأن الانفاق من بيت المال إضرار بالمسلمين، فكما يمنع من الاضرار بماله ، يمنع من الاضرار بغيره ، وردّه بأن إقراره إنما ينفذ فيمالايتعلق بالمال ، وبيت المال معد لمصالح المسلمين ، فكيف يقال: إن مثل ذلك يضر

بهم ، إذ ذلك آت في كل من يأخذ منه جزاء ».

قلت : للشهيدأن يقول : إن عموم الاقرار يشمله ، بعد أن لم يكن تصرفاً مالياً، و المال من التوابع، فيبقى على مقتضى الضوابط فتأمل جيداً وعلى كل حال فمما سمعت قد ينقدح الإشكال في الاقرار بما يوجب القصاص ، وقدتقدم لنا البحث في نظيرذلك إذا أراد فداء نفسه بالمال ، لكن الأقوى كما في المسالك وجوب الفداء أما إذا لم يكن كذلك فلاإشكال في القبول والله اعلم .

﴿ ولايجوز تسليم عوض الخلع إليه ﴾ إذا كان مالاً ، وإن كان هو الذي يوقع الخلع .

﴿ ولو وكله أجنبيٌ في بيع أوهبة ﴾ مثلاً ﴿ جاز لأن السفه لم يسلبه ﴾ حكم عبارته ولا ﴿ أهلية ﴾ مطلق ﴿التصرف﴾ بل في ماله خاصة فيبقى غيرمندرجاً فيما دلّ على الصحة ، كما هو واضح ، خلافاً لبعض العامة ﴿ ولو أذن له الولي في النكاح﴾ الذي فيه مصلحته التي سوّغت للولي الاذن فيه ﴿ جاز ﴾ إن عين له المهر والزوجة ونحو ذلك ، بحيث يؤمن معه من اتلاف المال بلاخلاف ولااشكال ، بل و إن عين الزوجة وأطلق المهر ، لأنه ينصرف حينئذ إلى مهر المثل ، وكذاغيره من العقود على الاقوى ، واحتمال الفرق بين النكاح والبيع ـ مثلاً بأن المقصود من الثاني المال دون الاول ، وبأنّ السوق يختلف ساعةفساعةفناسب أن يكون الولي هوالعاقد احتياطاً للمال ، بخلاف النكاح ولذا حكي عن الشيخ والقاضي المخالفة ، بل و عن غير هما ـ كماترى مجرّد اعتبار لايصلح أن يكون مدركاً ، و قد ظهر من ذلك وغيره أنه ليس مسلوب العبارة .

﴿ و﴾ حينئذ ف ﴿ لو باع فأجاز الولي فالوجه الجواز للأمن من الانخداع﴾ حينئذ ولأنه أولى من الفضولي بذلك خلافاً لماسمعته من الشيخ والقاضي ، ضرورة أولوية المنع هنا مما سمعته سابقاً من تقدّم الاذن بل حكاه في المسالك عنهم و هنا و قد يفرق بين المقامين والله أعلم .

﴿و﴾ الخامس: ﴿ المملوك ﴾ وهو ﴿ممنوع من التصرفات إلا باذن المولى﴾

كما تقدم البحث فيه مفصلاً في باب القرض .

﴿و﴾ السادس : ﴿المريض﴾ وهو ﴿ممنوع من الوصية بمازاد عن الثلث﴾ كالصحيح ﴿اجماعاً﴾ محصّلاً ومحكياً مستفيضاً أومتواتراً ، كالنصوص [1] المشتمل جملة منها على أنه الحيف والتعدى ، و أنه يردُّ إلى الثلث الذي هو المعروف والغاية في الوصّية ، وخلاف علي بن بابويه غيرقادح ، أوغير ثابت ، لأنه قال كما في المختلف : « فان أوصى بالثلث فهو الغاية في الوصية ، و إن أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصي انفاذ وصيّته على ما أوصى » وهو عين المحكي عن فقه الرضا ، ولعلّه بعدقوله هو الغاية غيرصريح في الخلاف ، ويكون قوله يلزم إلى آخره كلاماًمستأنفاً .

كما أن قوله ـ و إن أوصى بماله ـ إلى آخره محمول على إرادة الغاء وصيته أو على إرادة حمل ذلك لووقع منه على الوصية بما يخرج من أصل المال من دين أو نذر أوكفارة أو نحو ذلك ، حملاً لتصرفه على الوجه الصحيح ، إذ الكتاب والسنة قد توافقا على وجوب انفاذ الوصية ، و عدم جواز تبديلها إلامع الحيف ، و هو لايثبت بالاحتمال ، و هذا و إن كنّا لم نقل به ، إلا انّه به يخرج عن الخلاف عمانحن فيه، ضرورة رجوعه إلى حمل إطلاق الوصية بجميع المال على الوجه الصحيح ، و هو غير الوصية بالزائد على الثلث فيما لم يعلم عدم خروجه عن أصل المال من وجوه البرّ أو العطيّة أو نحو ذلك .

لكن فيه حينئذ أنهأيضاً مخالف للنصوص ، [2] المتضمنة لإبطال هذه الوصية ، وارجاعها إلى الثلث ، فاصالة الصحة إنما هي في التصرف بماله لابمايخرج عنه بالموت بل الأصل الفساد ، وإطلاق مادلّ على نفوذ الوصية وأنها مقدمة على الارث محمول بقرينة النص والفتوى على الثلث فمادون ، فلاوجه للاستناد اليه في ذلك ، ولافي الأول على تقدير خلافه .

وكيف كان فلاريب في عدم صراحة كلامه في الخلاف فيما نحن فيه خصوصاً بعد عدم نقل ولده عنه ذلك ، وتصريحه بعدم جواز الوصية بالزائد على الثلث من غير اشارة

(١) (٢) الوسائل الباب ـ٨ـ من ابواب احكام الوصايا .

إلى خلاف والده .

بل عنه في المقنع أنه روي عن الصادق [1] عليه السلام «أنه سئل عن رجل أوصى بماله في سبيل الله عزّ وجل فقال : اجعله إلى من أوصى له به ، وإن كان يهودياً أو نصرانياً فإن الله عزوجل يقول « ومن بدله بعد ماسمعه فإنما اثمه على الذين يبدلونه ان الله سميع عليم» ثم قال: عقيب ذلك ماله هو الثلث ، لأنه لامال للميّت أكثر من الثلث » مضافاً إلى إقتضاء القواعد ـ بعد الإغناء عن أدلة الارث ، وكونها مطلقة ـ بطلان أصل الوصية ، فيقتصر على المتيقن في الخارج عن ذلك ، و هو الثلث .

و خبر ابن عبدوس [2] ـ «أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليه السلام فكتبت إليه رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك . وخلّف ابنتي اخت له ، فرأيك في ذلك؟ فكتب إلي: بع ماخلّف وابعث به الي ، فبعت وبعثت به اليه فكتب إلي قدوصل» محتمل لاجازة الوارث ، أو لكونه مخالفاً بحيث يحرم ، ولطلب الامام ليأخذ ثلثه ويرد الباقي ، أو يحفظه لهما لصغرهما ، أو لجواز ذلك بالنسبة إلى الامام خاصة ، وللتنجيز في حال الصّحة أوغير ذلك مما لابأس به ، بعد قصوره عن معارضة غيره من وجوه ، و خصوصاً ما تضمن منه نحو هذه الواقعة ، كما لايخفى على من لاحظ هذه النصوص .

وكذا خبر عمارة [3] « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إن أوصى به كلّه فهو جائز » ـ الواجب حمله بعد معارضته بالمتواتر من النصوص على إرادة الثلث من ماله ، أو على إرادة الجواز الموقوف على إجازة الورثة أوعلى إرادة التنجيز من قوله « أوصى » ، فيكون من أدلة القائلين بكون المنجزات من الأصل ، أو على غير ذلك.

لكن عن الشيخ و الصدوق حمله على من لا وارث له ، و مقتضاه نفوذ الوصيّة بجميع المال مع عدم الوارث غير الامام ، و هو مخالف أيضاً لاطلاق النصوص [4] ومعاقد

(١) الوسائل الباب ـ ٢٢ ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ ١ ـ .

(٢) (٣) الوسائل الباب ـ ١١ ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ ١٦ ـ ـ ١٩ ـ

(٤) الوسائل الباب ـ ١١ ـ .

الاجماعات و غيرهما .

و خبر السكوني [١] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « أنه سئل عن الرجل يموت ولاوارث له ولاعصبة؟ فقال: يوصي بماله حيث شاء في المسلمين والمساكين وابن السبيل» مع قصوره عن المقاومة واحتماله الثلث من ماله - يمكن أن يكون ذلك إذنا منه عليه السلام لأن الارث إليه .

و أما خبر محمد بن أحمد بن عيسى [٢] « قال : كتب إليه محمد بن اسحاق المتطبب و بعد أطال الله بقائك نعلمك يا سيدنا أنا في شبهة من هذه الوصية التي أوصى بها محمد بن يحيى بن رئاب و ذلك أن موالي سيدنا وعبيده الصالحين ذكروا أنه ليس للميت أن يوصي إذا كان له ولد باكثر من ثلث ماله ، و قد أوصى محمد بن يحيى بأكثر من النصف ممّا خلّف من تركته ، فإن رأى سيدنا ومولانا أطال الله بقاه أن يفتح غياهب هذه الظلمة التي شكونا و يفسّر ذلك لنانعمل عليه انشاءالله . فاجاب عليه السلام إن كان أوصى بها من قبل أن يكون له ولد فجائز وصيته ، وذلك أنولده ولد من بعده »فهو غير موافق لهما أيضاً ، فلابد من طرحه أو تأويله ، لكن في الوسائل أنه قد عمل به الشيخ والصدوق بظاهره ولاريب في ضعفه .

نعم لاتنفذ الوصية بالزائد ﴿مالم يجز الورثة﴾ فإن أجازوا بعد الموت نفذت بلاخلاف ولااشكال نصاً وفتوى ، بل الاجماع بقسميه ، عليه ، فلاجهة للاشكال فيه بأنه كالاجازة للفضولي من تجدد له الملك بعده ، مع وضوح الفرق بينهما ، بأن التصرف هنا فيما بعد الموت الذي هووقت الانتقال إلى المجيز ، بخلافه فيالفرض الذي يتوجه فيهالاشكال فيالاجازة علىتقدير الكشف بانه لاوجه لهمن حين العقد، لكونالمفروض تجدد الملك للمجيز ، فلايملك المعقودله قبل ملك المجيز ، ولامن حين تجدّد الملك للزوم الغاء السبب فيما قبله .

وكيف كان فلاإشكال فيما نحن فيه بعد ما عرفت . إنما البحث في الاجازة قبل الموت ، والمشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً خصوصاً بين المتأخرين أنها كالاجازةبعد

(١) (٢) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١ـ ٢ـ .

الموت في عدم جواز الرجوع بها ، بل نسب إلى عامتهم ، بل عن الطوسي الاجماع عليه للنصوص المستفيضة التي منها صحيحا ابني مسلم[1] و حازم[2] «في رجل أوصى بوصيّة و ورثته شهود فأجازوا ذلك ، فلما مات الرجل نقضوا الوصية ، هل لهم أن يردّوا ما أقروا به؟ قال: ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة » و إطلاقهما كغيرهما من معقد الاجماع وغيره عدم الفرق بين الصحيح والمريض في ذلك ، خلافاً للمحكي عن المفيد والديلمي والحلي فجوّزوا الرجوع بها ، بل ظاهر تعليلهم أنه لاأثر لها أصلاً ، فضلاً عن جواز الرجوع بها ، لعدم حق للورثة حال الحياة حتى يكون إسقاطه مجدياً ، فهو كاسقاط المرأة صداقها قبل التزويج والشفيع قبل البيع ، ولأنه لو جازت إجازتهم لجاز ردّهم بحيث لايلزمون لو أجازوا بعد الموت ، والتالي باطل ، فالمقدّم مثله ، وفيهما - بعد التسليم ـ أنه اجتهاد في مقابلة النص ، وقياس لانقول به ، بل مع الفارق كما هو واضح.

ولو أجاز البعض نفذ في حصته ويعتبر في المجيز جواز التصرف ، فلاعبرة باجازة الصّبي والمجنون ، أما المفلس فقد يتّجه نفوذ إجازته حال الحياة ، إذ لاملك له حينئذ و إنّما إجازته تنفيذ لتصرف الموصي ، و أما بعد الموت ففي صحتها وجهان مبنيّان على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت ، و بالاجازة تنتقل عنه إلى الموصى له، أم تكون الاجازة كاشفة عن سبق ملكه من حين الموت ، فعلى الأوّل لاتنفذ ، لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الاجازة ، و على الثاني احتمل الأمران ، ولعلّ الاقوى منهما النفوذ ، خصوصاً على ما هو الظاهر من الفتاوى ، من كون ذلك تنفيذاً من الوارث لتصرّف الموصي ، لأنه يكون هو المتصرف على معنى أنه هو الواهب والمعتق والواقف مثلاً ، وإن احتمله بعضهم ، لكن لاريب في ضعفه ، سيّما في حال الحياة بل والموت ضرورة اقتضاء الاجازة منه لفعل الموصي ، عدم الدخول في ملكه بالموت ، كما هو مقتضى الوصية التي هي سبب لذلك مع الاجازة ، و كذا الكلام في المنجّزات اذا زادت عن الثلث ، بناء على أنها كالوصيّة في الخروج منه ، وهذا حديث إجمالي ذكرناه تبعاً لذكر المصنف حكم الوصيّة للمريض توطئة لذكر منجزاته ، إذ لافرق بين المريض

---

(١) (٢) الوسائل الباب ـ١٣ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١ـ .

والصحيح في حكم الوصية ، وإنما الفرق بينهما في المنجزات عند جماعة ، و هوالذى أشار اليه المصنف بقوله :

﴿ و في منعه من التبرّعات المنجزة الزائدة عن الثلث خلاف بيننا ﴾ فخيرة الكليني ، والصدوق ، والشيخين ، والسّيدين ، والقاضي ، و ابني ادريس والبرّاج ، وسعيد ، والابي ، والأردبيلي ، والخراساني ، والحرّ العاملي ، والطباطبائي وصاحب الرياض ، على ما حكي عن بعضهم عدم المنع ، و أنها من الأصل كالصحيح ، بل عن كشف الرموز نسبته إلى الأكثر ، وفي الرياض أنه المشهورين القدماء ظاهراً بل لعله لاشبهة فيه ، بل في هبة الانتصار ، والغنية الاجماع عليه ، للاصل بمعنييه ، وقاعدة التسلط وحسن ـ أبي شعيب[1] المحاملي ـ بابراهيم ـ عن أبي عبدالله عليه السلام الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه » و موثق الساباطي[2] عنه أيضاً « الميّت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ، فإن قال : بعدي فليس له إلّا الثلث » و موثقه الآخر « الرجل أحق بماله مادام فيه الروح إذا أوصى به كله فهو جائز » و خبره الثالث[3] : عنه أيضاً « صاحب المال أحق بماله مادام فيه شيء من الروح يضعه حيث شاء » و موثقه الرابع : [4] عنه أيضاً « قال له : الميت أحق بماله مادام فيه الروح يبين به ؟ قال : نعم ، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث » و موثقه الخامس : [5] عنه أيضاً في الرجل يجعل ماله لرجل في مرضه فقال: « إذا أبانه جاز » وخبر سماعة[6] قال له أيضاً « الرجل له الولد يسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هو ماله يصنع به ما شاء إلى أن يأتيه الموت » ونحوه خبر أبي بصير[7] وزاد أن لصاحب المال أن يعمل بماله ماشاء مادام حياً ان شاء وهبه وإن شاء تصدق به ، وإن شاء تركه إلى أن يأتيه الموت ، فإن أوصى به فليس له إلّا الثلث ، إلّا أن الفضل في أن لا يضيع من يعوله ، ولا يضرّ بورثته .

---

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٨- .

(٢) (٣) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢- ١٩- .

(٤) (٥) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٧- ١٠- .

(٦) (٧) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١ -٢- .

ومرسل مرازم[1] عنه أيضاً «في الرجل يعطي الشيء من ماله في مرضه قال : إن أبان به فهو جائز ، وإن أوصى به فهو من الثلث » .

ومرسل الكليني[2] «عن النبي صلى الله عليه وآله أنه عاب رجلاً من الأنصار أعتق مماليكه لم يكن له غيرهم ، فقال ترك صبية صغاراً يتكففون الناس» بل رواه الصدوق مسنداً[3] ، إلى جعفر بن محمد عليهما السلام «وفيه فأعتقهم عند موته » والضعف فيه سنداً أو دلالة منجبر بما عرفت ، مضافاً إلى كونها مخالفة للمحكي عن جميع العامة التي جعل الله الرشد في خلافها ، وإلى تأييدها بالسيرة المستمرة على عدم امتناع المريض أيام مرضه عن تبرعاته مع زيادتها عن الثلث ، و على عدم ضبطها بطومار و نحوه ، وعلى المنع الغير له ، ولا الضبط عليه .

لكن ﴿و﴾ مع ذلك كله فـ ﴿ الوجه المنع ﴾ من التبرع بالزائد فلا ينفذ على الورثة إلا مع اجازتهم ، وفاقا للفاضل و الشهيدين و الكركي والمحكي عن الصدوق وأبي علي والشيخ في المبسوط ، وغيرهم ، بل نسبة غير واحد إلى عامة المتأخرين بل في المسالك نسبته الى الاكثر وسائر المتأخرين بل ربما حكى عن الشيخ في باب العتق مايقتضي أنه المعروف بيننا .

وفي المفاتيح أن الاخبار به أكثر وأشهر ، وفي جامع المقاصد قد دلت عليه صحاح الاخبار ، وفي موضع آخر منه أن النصوص به متواترة ، و هو كالاجماع المنقول في الحجية ، خصوصاً بعد شهادة التتبع له .

إذ في خبر أبي حمزة[4] «عن أحدهما عليهما السلام أن الله تبارك وتعالى يقول يا بن آدم تطولت عليك بثلاث سترت عليك مالو يعلم به أهلك ماواروك ، وأوسعت عليك فاستقرضت منك عليك فلم تقدم خيراً ، وجعلت لك نظرة عند موتك في ثلثك فلم تقدم خيراً .

وصحيح[5] يعقوب بن شعيب «سألت أباعبدالله عليه السلام الرجل يموت ماله من ماله؟

(١و٢و٣) الوسائل الباب ١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٦-٩ وذيله .

(٤) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث .

(٥) الوسائل الباب -١٠- من ابواب احكام الوصايا الحديث - في ذيل الحديث ٢-.

فقال : له ثلث ماله » .

ونحوه خبر أبي بصير[1] وخبر عبدالله بن سنان[2] «عن الصادق عليه السلام للرجل عند موته ثلث ماله ، وإن لم يوص فليس على الورثة امضاؤه » .

وصحيح علي بن يقطين[3] «سألت أبا الحسن عليه السلام ما للرجل من ماله عند موته قال : الثلث والثلث كثير» .

وذيل خبر العلا[4] عن الصادق عليه السلام الذي تسمعه في مسألة الاقرار الوارد في الامرأة التي أودعت عند رجل مالاً قال فيه : « إنّما لها من مالها ثلثه » بل في غيره نحو ذلك أيضاً .

وخبر علي بن عقبة[5] عن أبي عبدالله عليه السلام «في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً له ليس له غيره، فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء منه قال: مايعتق منه إلاّ ثلثه، وساير ذلك الورثه أحق بذلك ، ولهم مابقي» ونحوه خبر عقبة بن خالد[6] .

و خبر ابي بصير[7] عن الصادق عليه السلام «إن أعتق رجل عند موته خادماً له ، ثم أوصى بوصية أخرى الغيت الوصية ، وأعتقت الجارية من ثلثه ، إلاّ أن يفضل من ثلثه مايبلغ الوصية » .

وخبر أبي ولاد[8] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرءه منه في مرضها ؟ قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئاً» .

ونحوه خبر سماعه[9] وخبر جراح المدائني[10] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن عطيّة

(١و٢و٣) الوسائل الباب -١٠- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٢-٧-٨- .

(٤) الوسائل الباب -١٦- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٢- .

(٥) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٢- .

(٦) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث ١٣ .

(٧و٨) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٦-١١- .

(٩و١٠) الوسائل الباب -١٧- من احكام الوصايا الحديث ١٦-١٣ .

الوالد لولده ببيّنة ؟ قال : إذا أعطاه في صحته جاز » .

وخبر سماعة[1] «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطيّة الوالد لولده ؟ فقال أما إذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء ، فأما في مرضه فلايصلح » .

وصحيح الحلبي[2] سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق أو بعضه فتبرؤه منه في مرضها ؟ فقال : لا » .

وخبر السكوني[3] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أن رجلاً أعتق عبداً له عند موته لم يكن له مال غيره ؟ قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول يستسعى في ثلثي قيمته للورثة».

بل وخبره الآخر[4] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام أيضاً «أنه كان يرد النحلة في الوصية وما أقر به عند موته ، بلا ثبت ولابيّنة رده » بناءً على أن المراد منه ردّ العطية إلى الوصية في الخروج من الثلث ، بل لعل الظاهر منه والمرسل في جامع المقاصد وغيره المريض محجور عليه إلاّ في ثلثة، والخبر العامي[5] المرويّ في المسالك عن صحاح الجمهور بل قال: إنه أجود ما في الباب متناً وسنداً، ومن ادعى خلاف ذلك فالسّيرة تردّ دعواه، وعليها اقتصر ابن الجنيد في كتابه الاحمدي «وهو أن رجلاً من الانصار أعتق ستّة أعبد له في مرضه ، ولامال له غيرهم ، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه وآله وجزاهم ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة » .

وخبر اسماعيل بن همام[6] عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل أوصى عند موته بمال لذوي قرابته ، وأعتق مملوكاً ، وكان جميع ما أوصى به يزيد على الثلث كيف يصنع به في وصيته ؟ قال : يبدأ بالعتق فينفذه » ضرورة ظهور قوله «يبدء» في إرادة الانفاذ من الثلث ، ومنه يعلم ارادة مايشمل المنجز من الوصية ، وإلاّ فلا وجه لتقديم العتق لو

(١و٢) المصدر نفسه

(٣) الوسائل الباب ٦٤- من ابواب العتق الحديث - ٥ - .

(٤) الوسائل الباب ١٦ من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١٢ - .

(٥) المستدرك ج-٢- ص٥٢١ عن عوالي اللئالي سنن النسائي باب الجنائز ج-٤- ص٥٢- طبع مصطفى البابي الحلبي و اولاده بمصر .

(٦) الوسائل الباب -٦٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث ٢-٣ .

فرض كونه وصية ، بل ينبغي تقديم المقدم منهما .

بل منه يظهر حينئذ أن إطلاق «اخرى» في خبر أبي بصير[1] المتقدم سابقاً باعتبار سبق التنجيز الذي يطلق عليه الوصية بشهادة الخبر المزبور الموافق له في المضمون، و صحيح ابن الحجاج[2] الاتي ، لا أن المراد مِن أعتق فيه أوصى فلا يكون دالاّ على المطلوب .

كما أن منه يظهر الاستدلال بصحيح محمد بن مسلم[3] «سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه وأوصى بوصية وكان أكثر من الثلث ؟ قال : يمضي عتق الغلام ويكون النقصان في مابقي » إذ الظاهر إرادة كون مجموع التنجيز و الوصية أكثر من الثلث ، فأجابه عليه السلام بمضيّ العتق ، وأن النقصان الذي في الثلث يكون في الوصيّة ، كما هو واضح .

بل منه يعلم الاستدلال بحسنه[4] عنه أيضاً « في رجل أوصى باكثر من ثلثه ، وأعتق مملوكه في مرضه فقال : إن كان أكثر من الثلث ، يردّ إلى الثلث ، وجاز العتق» إذ الظاهر ارادة جوازه منه لامن الاصل ، إذ حمل الواو فيه على الاستيناف خلاف الاصل فيها ، فيكون المجموع حينئذ هو جواب الشرط كما هو الظاهر خصوصاً بعد ملاحظة أن كلامهم عليهم السلام جميعاً بمنزلة كلام واحد ، يفسر بعضه بعضاً ، وخصوصاً مع تقارب السؤال والجواب في هذه النصوص ، واتحاد الراوي في الخبرين، فمن الغريب استدلال بعضهم بهما على الاوّل ، حتى ادّعى صراحة الثاني منهما ، وأنه غير قابل للتأويل، مع أنه لو اغضينا النظر عما ذكرنا ، لم يكن فيه دلالة على الجواز من الاصل كما هو واضح .

وموثق الحسن بن الجهم[5] «سمعت أباالحسن عليه السلام يقول في رجل أعتق مملوكاً

---

(١) المصدر نفسه .

(٢) الوسائل الباب ـ٣٩ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٥ـ .

(٣و٤) الوسائل الباب ـ٦٧ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١ـ٤ـ .

(٥) الوسائل الباب ـ٣٩ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٤ـ٥ مع اختلاف .

وقدحضره الموت واشهدله بذلك وقيمته ستمأة و عليه دين ثلاثمأة درهم ، ولم يترك شيئاًغيره قال: يعتق منه سدسه ، لأنه إنّما له منه ثلاثمأة درهم ويقضى عنه ثلاثمأة درهم، وله من الثلاثمأة درهم ثلثها ، وله السدس من الجميع» الذى يشهد بصحته .

صحيح عبدالرحمان بن الحجاج[1] بل هو فيه دلالة على المطلوب أيضاً و غيره فلا بأس بنقله على طوله « قال : سألني ابوعبدالله عليه السلام يختلف ابن أبي ليلي و ابن شبرمه ؟ فقلت : بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى فترك عليه ديناً كثيراً و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك ، فقال ابن شبرمه أرى أن تستسعيهم في قيمتهم ، فتدفعها إلى الغرماء فإنه قد أعتقهم عندموته ، وقال ابن أبي ليلى : أرى أن أبيعهم وأدفع أثمانهم إلى الغرماء ، فإنه ليس لهأن يعتقهم عندموته، وعليه دين يحيط بهم . وهذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فلايجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء وقال : سبحان الله يا ابن ابي ليلى متى قلت بهذا القول ؟ و الله ماقلته إلا طلب خلافي .

فقال أبو عبدالله عليه السلام : فعن رأى أيّهما صدر ؟ قال : قلت بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلي و كان له في ذلك هوى ، فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع أيّهما من قبلكم؟ فقلت: مع ابن شبرمه ، ورجع ابن أبي ليلي إلى رأي ابن شبرمه بعدذلك.

فقال: أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلي، وإن كان قدرجع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال: هات قايسني قلت: أنا أقايسك فقال : لتقولن بأشد ماتدخل فيه من القياس ، فقلت له : رجل ترك عبداً لم يترك مالاً غيره ، وقيمة العبد ستمأة درهم ، ودينه خمسمأة درهم ، فأعتقه عندالموت كيف يصنع ؟ قال : يباع العبد فيأخذ الغرماء خمس مأة درهم ويأخذ الورثة مأة درهم، فقلت : أليس قدبقي من قيمة العبد مأة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ماشاء قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المأة حين أعتقه ؟ قال : إن العبد لاوصية له ، إنما ماله لمواليه ، فقلت له : فإن كان قيمة العبد ستمأة درهم ، ودينه أربع مأة

(١) المصدر نفسه .

درهم فقال :كذلك يباع العبد، فيأخذ الغرماء أربعمأة درهم ويأخذ الورثه مأتين ولا يكون للعبد شيء .

قلت : فإن قيمة العبد ستمأة درهم و دينه ثلاثمأة درهم ، فضحك عليه السلام فقال : من هنا اُتي أصحابك جعلوا الأشياء شيئاًواحداً ، ولم يعلموا السنة إذا استوى مال الغرماء ومال الورثة ، أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء ، لم يتهم الرجل على وصيّته ، واجيزت وصيّته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، ويكون ثلثه للورثة و يكون له السدس » .

إذ ذيله صريح فيٍنفوذ العتق المنجز في الثلث ، لا الأصل ، وإلاكان نصفه حراً، و احتمال أنه في الوصية ، لا المنجز المقطوع بفساده ، أو كالمقطوع كما اعترف به في الرياض ، خصوصاً بعد ملاحظة كلام الأصحاب في حكم مضمونه فإنه صريح في ارادة التنجيزمنه أو الاعم عنه ومن الوصية ، بل جزم الشهيد الثاني بالأوّل ، و إن خالفه فيه فيالرياض، ومال منه إلى تعدية الحكم المزبور إلىالوصية وفاقاً للمحكي عن الشيخ ، وهو لايخلو من وجه ، و أولى منه التعدية إلى غير العتق من المنجزات كالهبة والوقف و نحوهما .

وعلى كل حال فهو ظاهر الدلالة على المطلوب ، بل صدر المقايسة فيه واضح الدلالة على معلومية أن ليس له في التنجيز، إلاّ الثلث، كوضوح إرادته عليه السلام منقوله أخيراً « وصيته » التنجيز بشهادة المحكي من عمل كثير من الاصحاب به فيه ، حتى بعضالقائلين بأن المنجزات من الأصل ، كالمفيد ، والقاضي ، والشيخ ، وما فيالمسالك من أن أكثر المتأخرين ردوه لمخالفته القواعد المقررة ـ حسن لوقصرت الرواية عن الصحة ، أولم يجز تخصيص العمومات القطعية بالآحاد ، لكنهخلافالتحقيق ،خصوصاً بعد تعدد الصحاح وصراحتها ، وترجيح الأصول بالشهرة فرع ثبوتها ، ففي الرياض لمأتحققها ، ولاوقفت علىمتصدّ لنقلها عداه ، وإنما حكيالخلاف عن العلامة خاصة، ولم أقف على من تبعه غيره ، وبعض ممن سبقه .

نعم ردّه ابنادريس وأنفذ العتق منالأصل ، وأسقط الدين من رأس ،ولاريب

في ضعفه ، بل هو اجتهاد في مقابل النص ، وأصحابه الموافقون له في كون المنجزات من الأصل لايوافقونه فيما إذا زاحم التنجيز الدين ، بل يخصّونه بالنسبة إلى الورثة ، وإلا كانوا محجوجين بهذا الصحيح وغيره ، بل لعل مقابلته بالقول بالخروج من الثلث المعلوم كون المراد منه بعد خروج الدين تشهد بعدم المزاحمة المزبورة .

وعلى كل حال فلاريب في دلالة الصحيح المزبور على المطلوب ، بل منه ينقدح الاستدلال بصحيح جميل [1] أيضاً المروي في الكافي عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل أعتق مملوكه عند موته ، وعليه دين فقال: إن كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه ، و إلاّ لم يجز » ، ويحتمل تثنية مثل الثانية كما عن نسخة من الفقيه ، وحينئذ يكون الواو فيه بمعنى أو فيوافق الصحيح المزبور ، وعن الكليني أنه رواه عن جميل عن زرارة فيمكن أن يكون خبراً آخر .

وعلى كل حال فهو دال على المطلوب بعد ارادة الجواز فيه على النحو المذكور في خبرى ابني الجهم والحجاج كما هو واضح .

وفي دعائم الاسلام [2] « وقد جاء عن جعفر بن محمد عليه السلام أنه قال في العطية للوارث والهبة في المرض الذي يموت فيه المعطي والواهب: إنها غير جائزة » وفي محكي الهداية وسئل أي الصادق عليه السلام عن رجل حضره الموت فأعتق مملوكا له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا لك قال : مايعتق منه إلا ثلثه » .

وقد ظهر ذلك من ذلك كله أنه لاغرابة في دعوى تواتر النصوص به خصوصاً إذا اريد منها القطع به منها ، لا التواتر المصطلح ، فإنه غير عزيز ، بل لعل الغرابة من عدمه ، كما لايخفى على من لاحظها و غيرها مما دلّ على عدم الاضرار بالوارث الذى هو الحكمة أو العلة في حجر الوصية عليه بالزائد ، ولاحظ نصوص الإقرار [3] الآتية التى بعضها

(١) الوسائل الباب ٣٩ من ابواب احكام الوصايا الحديث ٦ .

(٢) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٣٥٩ .

(٣) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب احكام الوصايا .

يظهر منه معلومية انحصار الامر على المريض لوأراد حرمان الوارث ، وأنه لاطريق له إلا الاقرار الذى ستعرف علاج الشارع له بالتهمة و عدمها ، و غيرها من النصوص[1] التي في بعضها ما يظهر منها مرجوحية ذلك في حال الصحة .

بل في سؤال هذا البعض دلالة واضحة على معلومية الفرق بين حالي الصحة والمرض بالنسبة إلى النفوذ من الاصل و عدمه ، و غير ذلك خصوصاً اختلال حكمة حصر الوصية في الثلث ، ضرورة التجاء كل من يريد حرمان الورثة حينئذ أوبعضهم عند حضور موته إلى التنجيز .

وأغرب شيء حمل هذه النصوص الكثيرة على التقية التي مع عدم قابلية البعض لها يمكن القطع بعدمها في مثل هذه النصوص التي رواتها من البطانة ، بل لايخفى على من مارس أخبارهم عليهم السلام أن عادتهم الاشارة في نصوص التقية إليها ، بذكر لفظ الناس ونحوه ، بل قد يقطع بعدمه في خصوص المقام ، إذ لوكان الحكم مخالفاً للعامة عندنا لكان في جملة من النصوص اشارة إلى الانكار عليهم ، و إلى بيان بطلان ما هم عليه ، و مخالفتهم الكتاب أو السنة ، كما هي عادتهم ، بل لكان ذلك معروفاً بين أصحابهم نحو غيرها من المسائل العظيمة العامة ، إلى غير ذلك مما يعلم به عدم خروج النصوص مخرج التقية .

وأغرب من ذلك ، ما في المسالك - فإنه بعد ما اورد منها صحيحي ابن يقطين ، وشعيب ، وأخبار ابن عقبة ، وأبي اولاد ، والحسن بن الجهم ، والخبر العامي دليلاً للثلث ، ناقش فيها بأنه لادلالة في الصحيحين اللذين هما العمدة على المطلوب الذي هو قبل الموت ، بل صحيح يعقوب منهما صريح فيما بعد الموت ، كما أن الخبر الثاني باعتبار كون « عند » من ظروف المكان المقتضية للمصاحبه دلالته على الوصية ، أقوى ، بل يمكن ذلك في خبر ابن عقبة ، إذ حضور الموت مانع من مباشرة العتق فيراد منه حينئذ الوصية و تكون النسبة إليه باعتبار أنه السبب الأقوى في الوصية ، على أنه في العتق خاصة ، وكذا الكلام في خبر ابن الجهم ، أما خبر أبي ولاد فاشتماله على

---

(١) الوسائل الباب -٤٢- من ابواب الصدقة والباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا

مايخالف المجمع عليه من صحة الابراء دون الهبة يمنع من الاستدلال به ، مضافاً إلى اشتراك الجميع في ضعف السندعدا الصحيحين » .

انتهى كما ترى ، ضرورة كون المراد من الصحيحين : بقرينة غيرهما مما ذكرنا و ما لم نذكره الاشراف على الموت ، و دعوى صراحة صحيح يعقوب فيما بعد الموت واضحة الفساد ، إذ ليس للميت بعد الموت شيء إذا لم يوص به ، بل لاريب في كون المراد منه خصوصاً بعد كونه كمذاق غيره مما لايقبل ذلك مجاز المشارفة الذي كشف عنه باقي النصوص بلفظ عند ، وحضر ، وأتاه الموت ونحوه ، كما هوواضح بأدنى تأمّل.

و منه يعلم فساد المناقشة في خبري ابن الجهم وعلي بن عقبة ، و أما خبر ابن أبي ولاد المعتضد بغيره مما عرفت فلايقدح في الاستدلال به على المطلوب اشتماله على غيره مما لا نقول به ، خصوصاً بعد منع بطلان هبة ما في الذمة التي مرجعها إلى الابراء ، بل قد يقال : بكون المراد منه الترقّي إلى جواز الهبة ، على معنى أنه لو وهبته شيئاً جاز ويحسب من الثلث ، فضلاً عن الابراء الذي هو أولى بالجواز .

و بالجملة من أحاط خبراً بما ذكرناه من النصوص وتدبّرها و تدبّر إعتضاد بعضها ببعض ، يقطع بفساد هذه المناقشة ، كما أنه يقطع بفسادها من حيث السند ، إذلاتبين أعظم من هذا الاعتضاد ، وعمل من عرفت بها ، على أن فيها الصحيح،والموثق، والحسن ، بل قد عرفت استغنائها عن النظر في أسانيدها ببلوغها درجة القطع ، كما لايخفى على من أعطاه الله قوّة حدس في كلماتهم عليهم السلام .

و أخرف شيء قوله « إن أجود ما في هذا الباب الخبر العامي سنداً و دلالة ، ومن ادعى خلاف ذلك فالسيرة تردّه » إذ قد عرفت مما ذكرنا أن غيره من النصوص أوضح ، كما هوظاهر كل ذلك ، مضافاً إلى ما في نصوص الاصل من قلّة العدد وقصور السند و اتحاد الراوي في كثير منها ، و كونها مطلقة قابلة للتقييد بغيرها ، اذ ليس في حسن المحاملي وما كان نحوه[1] صراحة في شمول الاحقية للتنجيز ، فيمكن حملها على غيره ، بل محتمل لإرادة الثلث خصوصاً إذا قرء بفتح اللام و لوحظ مادلّ

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٨-٣-٧- وغيره .

من النصوص على أن الذي له عند الموت ـ الثلث ـ بل قد يعين ذلك قوله في موثق عمّار [1] «إذا أوصى به كله فهو جائز» إذ لم يقل أحد بنفوذ الوصية من الاصل عداما سمعتهمن علي بن بابويه ، و احتمال إرادة خصوص التنجيز منها ـ لاالوصية شرعاً ، ولا الأعم منها و من التنجيز ـ لاشاهد له ، وليس بأولى من الاحتمال الذي ذكرنا، بل منه يعلم المراد من باقي نصوص عمّار المتقاربة في المذاق مع اتحاد الراوي فيها ، والموجود في نسخة الاصل في الوسائل والوافي ، عن الكافي « فان تعدى فليس له إلّا الثلث » و معناه أنه إن تجاوز و تعدى في الوصية بالزائد أو التنجيز فلايمضى منه الا الثلث .

وظني والله أعلم أن الرواية كذلك ، إلاّ أنه لماصعب فهم ذلك على بعض الناس صحّفها بلفظ بعد بالباء الموحدة ثم اضاف اليها لفظ قال ، على أن اختلاف النسخ يسقط الخبر عن الحجية إذ لم يعلم الخبر منهما ، ورواية الشيخ له « فان أوصى »عن الكافي ، بعد ذلك الاختلاف في النسخ ـ غير مجد .

ومع الاغضاء عن ذلك كله فهو مطلق مقيد بالنصوص السابقةكغيره من نصوص عمّار حتى الرابع منها ، فان الابانة أعمّ من التبرّع ، بل والخامس الذي لم يعلم المرض فيه أنه مما يخرج به التنجيز من الثلث أوالاصل ، لما ستعرف من أنه ليس كل مرض يقضي بالتنجيز من الثلث مع اجمال لفظ الابانة فيه و في غيره ، و إن قيل إن المرادمنها انفصاله عنه وتسليمه له ، إلاّ أنه كماترى خصوصاً بعدمعلومية عدماشتراط ذلك ، فان الهبة مشاعاً مع الاقباض لابأس بهاأيضاً ، بل يمكن كون المراد من الابانة الاظهار على وجه يحصل العلم بعدم ردّ الورثة باجازتهم ، ورضاهم فتأمل .

و أما خبر سماعة فيمكن أن يكون المراد من إتيان الموت فيه ما تضمنه نصوص الثلث، [2] من حضور الموت وإتيانه وعندموته ونحوها ،فلايكون حينئذمنافياً.

---

(١) الوسائل الباب ـ١٧ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٥ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ١١ـ من ابواب احكام الوصايا .

على أنه عام يخصّ بالنصوص السابقة وكذا خبر أبي بصير ،[1] وقوله فيه «فان أوصى» ـ الى آخره ـ غير مناف ، لإمكان إرادة بيان أن الوصية على كل حال تخرج من الثلث ، بخلاف غيرها ، فإنه يخرج من الأصل قبل إتيان الموت .

ومرسل مرازم[2] محتمل لبعض ما ذكرنا ، مع أن كشف الحال فيه وفي غيره أن نقول إن المستفاد من نصوص الثلث ـ بعد ملاحظة الجمع بين مطلقها و مقيدها خصوصاً مفهوم خبر أبي بصير القاضي بعدم خروج العتق من الثلث إذا لم يكن عند الموت ، وملاحظة أصالة خروج التصرف من الأصل ـ عدم العبرة بمطلق المرض الذي منه ما يستمرّ السنون المتعددة المقطوع بالسيرة القطعية عدم خروج منجّزاته فيه من الثلث قبل بلوغه مايتحقق به صدق حضور الموت واتيانه ونحوهما ، وكذا المرض الذي هو كعدم المرض عرفاً ، و إن اتفق مقارنة الموت له بحيث لايظهر كونه به .

وإنما المدار على المرض الذي يصدق عليه عرفاً أنه حضره الموت وأتاه ونحو ذلك ، و إن بقي أياماً بل و اكثر من ذلك ، فإنه ليس له حدّ جامع لافراده إلاّ أن العرف واف بتنقيح كثير من مصاديقه كغيره من الامور التي ترجع اليه ، ومع الشك فالأصل الخروج من الأصل ، كما أنه هو الأصل في غير المرض ، و إن خيف به الموت أوظن أو علم كالغرق والمراماة ونحوها ، بل قيل : والطلق .

وكيف كان فما في القواعد ـ و غيرها من أنه مطلق المرض الذي يتفق الموت معه ، سواء كان مخوفاً أولا ـ لاتساعد عليه الادلة ، خصوصاً ما يظهر من اطلاقه من اتفاق الموت معه ، ولو بغيره كقتل ونحوه ، أللّهم إلاّ أن يقطع بعدم ارادته ما يشمل ذلك .

بل وكذا مايحكى عن الشيخ من أن المدار فيه على المرض المخوف ، واختاره في جامع المقاصد ، حتى أنهم احتاجوا إلى معرفة كونه مخوفاً ، و ذكروا فيه أنه لابد من شهادة عدلين من الأطباء الذين هم أهل الخبرة في ذلك ، بل في جامع المقاصد « أنه لوحصل الظن القوي بصدق قول من لم يكن عدلاً منهم أو كان واحداً ففي

(١و٢) الوسائل الباب ـ١٧ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٢ـ ـ٦ـ .

الحكم إشكال ، ثم حكى عن التذكرة الجزم بعدم قبول رجل وامرأتين أوشاهدويمين واحتمال قبول النساء إذا كان المتبرع إمرأة ولم يطلع عليها غير النساء ، إلى غير ذلك ممّا فرعوه على ذلك ، وأطنبوا فيه في باب الوصاية ، وتعرضوا الكثير من الأمراض وأحوالها ، إذ لايخفى عليك أنه ليس في شيء من النصوص تعليق الحكم على المخوف كي يتجه له هذا البحث عنه ، بل من الواضح ظهور النصوص في دوران الحكم على حال لايحتاج تحققها عرفاً إلى امثال ذلك ، لكونها من الواضحات كما هو ظاهر عند كلّ من تدبرها ، فلا ريب في أن الاقوى ما ذكرناه .

و منه يعلم أن مرسل مرازم و غيره غير مناف لنصوص الثلث ، ضرورة كونه مطلقا بالنسبة إلى ذلك فيقيّد بها ، كما أنه وغيره أيضاً مطلق بالنسبة إلى العطيّة ، فيقيّد أيضا إذ التحقيق أن محل البحث التبرع بالمال ، ولو المنفعة والدين على وجه يضرّ بالوارث ، بل وحق التحجير وحريم الملك ، كما صرّح به في جامع المقاصد من دون قصد عوض دنيوي ، ولو حفظ عرضه ، أو حفظ ماله ، أو نفسه أو من يعول به ، أو نحو ذلك .

بل لعل الصدقة المندوبة المراد منها السلامة منه ، ضرورة عدم التعليق على مطلق التنجيز في شيء من نصوص الثلث ، بل لاأثر لهذا اللفظ في مطلق النصوص ، و إنما الموجود منها عتق و إبراء وعطيّة ونحو ذلك ، مما لاشمول له ، وليس المراد من نصوص - أن ليس له إلاّ ثلثه - سوى بيان أن الثلث هو الذي له التصرف فيه بكل حال ، بوصية وتنجيز وغيرهما ، بخلاف غيره ، فإنه ليس بهذا الحال ، وكذا مرسل جامع المقاصد الذي لم نعثر عليه في كتب الاخبار .

فمن الغريب مافي المسالك من الركون إليه هنا حتى احتاجوا إلى تنقيح دلالته بدعوى أن المعرف للعموم مطلقا أوفي خصوص نحو المقام ، مع أن في المسالك لم يذكره في أدلة الثلث و على كلّ حال فهو مقيد أيضاً بما عرفت من المفهوم المؤيد باشعار غيره ، وحينئذ فكلّ ما لم يحصل اجماع على عدم الفرق بينه وبين ما تضمنته النصوص السابقة نحو ما يبذله على نفسه و عياله ولو لزيادة الرفاهية من أكل وتزويج وغيرهما

وان لم يكن من عادته بعد أن يكون بثمن المثل ، و على حفظ عرضه أو مصانعةظالم أو إكرام ضيف أو غير ذلك ، يبقى على أصل الخروج من الأصل المؤيد هنا بالسيرة المستمرّة ، والحرج و غيرهما .

وبه يعرف ما في الذي ذكره أخيراً القائلون بالأصل كما أن منه يعرف ما في تحديد الفاضل في القواعد للتبرّع المبحوث عنه من أنه إزالة الملك عن عين مملوكة يجرى الارث فيها من غير لزوم ولاأخذ عوض يماثلها ، إذ بعد وجوب تنزيل المثل فيه على المكافى ـ ليخرج التزويج بثمن المثل بل يمكن أن يريد به ماقلناه ، فيسلم من بعض ما ذكرنا ـ.

فيه أولاً الاقتصار على العين ، مع أن في جامع المقاصد عدّ العارية من التبرعات و إن كان لايخلو من اشكال أو منع ، كايراده عليه بأنّه صادق على الازالة بالاتلاف ، مع انها ليست من التبرعات ؛

و ثانياً أنه لايتصوّر فائدة لقوله يجرى فيها الارث ، بعد ظهور المقام في ارادة الملك للمزيل ، إذ لايتصور ازالة الملك عن عين مملوكة لايجرى فيها الارث ، و يعد تبرعاً كما اعترف به في جامع المقاصد ، قال : « اذ مالايجرى فيه الارث من الاموال الوقف ، فازالة الملك فيه انما تكون بالاتلاف ، وليس مما نحن فيه » .

وثالثا يرد على قوله من غير لزوم ازالة الملك اللازمة بالنذر ، فان فيه من الثلث على ما جزم به المحقق الثاني ، ولوقيل الازالة هنا بالنذر وليس ايقاعه لازماً قلنا بل الازالة في مثل مالو نذر عيناً مخصوصة تكون بالدفع ، على أن النذر بالكلى لا إزالة ملك عين فيه ، فيرد على التعريف حينئذ من وجه آخر ، واحتمال أنه من الاصل حينئذ كما لو أتلف مال غيره مثلاً عمداً يدفعه ـ مضافاً إلى أنه خلاف الفرض وضوح الفرق بينه و بين الاتلاف المنتحل إلى المعاوضة بعد ايجاد سببه ، فليس من التبرع في شيء قطعاً .

وكيف كان فالضابط فيه ما ذكرنا ، ولعلّ يرجع إليه ما في المسالك «من أنها ما استلزمت تفويت المال على الوارث بغير عوض ، بناء على إرادة مايشمل ما قدمناه

من العوض والمال .

و على كل حال لايدخل فيه تزويج المرأة نفسها ولو باقلّ من مهر المثل ، ولاإنعتاق الأب قهراً إذا قبل اتهابه في المرض ، ولاإجارة نفسه بأقلّ من ثمن المثل، و إن قلنا بكون المحاباة في غيره من التبرعات ، إلى غير ذلك ممّا هو غير داخل في الادلة ، ولا اجماع على الحاقه فيبقى على الاصل ، و هذا حديث اجمالي قضت الحاجة باتيانه هنا لبيان عدم صراحة هذه النصوص ، وانها مطلقة قابلة للتقييد ، وإن اشتملت على العطية ونحوها .

و أما خبر الانصارى [1] الذي عابه رسول الله صلى الله عليه وآله فقد عرفت أنه ليس فيما رواه في الكافي «عند موته» فهو مطلق حينئذ ، و إنما رواه كذلك في الفقيه ، ويمكن أن تكون الاعابة على الثلث أيضاً ، لمعلومية استحباب الوصية بالأقل من الربع و الخمس ، حتى ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام [2] ما يقتضي مساواة الاضرار في الورثة بذلك للسرقة ، خصوصاً مع كون المفروض في الخبر أنه ليس له غيرهم ، وأنه ترك صبية صغاراً يتكفّفون الناس و من هنا قال رسول الله صلى الله عليه وآله «لو حضرته ما تركتكم تدفنونه في مقبرة المسلمين» .

فقد بان لك بحمدالله و فضله أنه لامجال للقول بالأصل ، وأنه لاينبغي للفقيه أن يعدو القول بالثلث ، واستبعاده بأنه لو برء المريض من ذلك المرض صحّ من الأصل اجماعاً يدفعه أنه لامانع من التزام الكشف به ، حينئذ كالفضولي ، وأظرف شيء ماوقع لفاضل الرياض في المقام ، حيث ذكر أنه في زمنه السابق قد صنف رسالة في المسألة قد اختار فيها الخروج من الثلث ، ثم اعتذر من ذلك بأنه قدكان في غفلة من اجماعي المرتضى و ابن زهرة ، فرجع عنه ، ولم يعلم أنّهما بعد إعراض المتأخرين عنهما - ،

---

(١) الوسائل الباب -١٧- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٩- فروع الكافي ج ٢ ص ٢٣٦ .

(٢) الوسائل الباب -٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١- .

بل لم يثبت كون شهرة المتقدمين عليهما ، إذ بعض من نسب إليه ذلك كابن حمزة قد تحققنا خلافه في وسيلته ، وبعضهم له قولان في المسألة ، و آخر لاصراحة في كلامه كالكليني ، فإنه إنما عنون الباب بلفظ نصوص عمار التي قد عرفت عدم صراحتها في المطلوب ، بل قد سمعت أن الشيخ ربما حكي عنه مايقضي بأن المعروف بين الاصحاب في ذلك الزمان القول بالثلث ـ لايقاومان ما سمعته من الادلة ، خصوصاً بعد احتمال أو ظن أو قطع كون المراد منهما الاجماع على قاعدة التسلط على المال ، لاخصوص ما نحن فيه ، كما أشار اليه ابن ادريس في استدلاله على الأصل ، بأنه لاخلاف في أن للانسان التصرف في ماله كيف شاء ، وحينئذ فمرجعه إلى العام المخصوص ، أو المطلق المقيد بما عرفت مما قدمناه كله .

مضافاً إلى نصوص الاقرار المتضمنة لنفوذه من الثلث مع التهمة ، و بدونها من الأصل ، ولولا تعلق حقّ الوارث في الجمله بحيث لايمضي الاقرار عليه ، لم يكن وجه للنفوذ من الثلث ، ولا ينافيه النفوذ من الاصل مع عدم التهمة ، إذ لعله تعلق لايمنع من الاقرار مع عدم التهمة ، فإن تعلّق الحقوق بالنسبة إلى ذلك مختلف ، إذ قد عرفت عدم منع تعلق حق الغرماء من الاقرار بالدّين السابق في المفلّس عند المصنف وغيره .

و على كل حال فلاينكر ظهور هذه النصوص في تعلق حق للورثة في الجملة بالتركة حال المرض ، و هو لايتم إلاّ على ما ذكرنا . نعم هي مختلفة جداً ، والجمع بينها بالتفصيل المزبور المنسوب إلى الاكثر .

ففي خبر منصور بن حازم [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه ديناً ، فقال : إن كان الميّت مرضياً فاعطه الذي أوصى له » و نحوه خبر أبي أيوب [2] عنه أيضاً .

و في خبر العلا بياع السابري [3] « سألت أباعبدالله عليه السلام عن إمرأة استودعت رجلاً مالاً ، فلما حضرتها الموت ، قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلانة وماتت

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١ـ٨ـ٢

المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال، ولانراه إلّا عندك فاحلف لنامالها قبلك شيء أفيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونة عنده فليحلف لهم، و إن كانت متهمة فلايحلف ويضع الأمر على ما كان، فإنما لهامن مالها ثلثه» وفي خبر أبي بصير [1] «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين و أوصى أن هذا الذي ترك لأهل المضاربة، أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان مصدقاً» إلى غير ذلك، و الظاهر ارادة معنى واحد من المرضي والمأمون والمصدق، بل إليه يرجع الملي في صحيح الحلبي [2] قلت لأبي عبدالله عليه السلام «الرجل يقر لوارث بدين؟ فقال: يجوز إذا كان ملياً» و خبره الآخر [3] «أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقر لوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال: نعم إذا كان ملياً» بناء على مافي الصحاح من أنه ملؤ الرجل صار ملياً أي ثقة، أوعلى أن الملاءة طريق لرفع التهمة، خصوصاً، إذا رجع الضمير في «كان» إلى الوارث، ولعل الأول أولى ليوافق النصوص السابقة. و التي يرجع إليها أيضاً.

مكاتبة محمد بن عبدالجبار [4] إلى العسكرى عليه السلام «عن إمرأة أوصت إلى رجل وأقرت له بدين ثمانية آلاف درهم، وكذلك ما كان لها من متاع البيت من صوف و شعر وشبه وصفر ونحاس، وكل مالها أقرت به للموصى له، وأشهدت على وصيّتها، و أوصت ان يحج عنها من هذه التركه حجتان، وتعطى مولاة لها أربع مأة درهم، و ماتت المرأة وتركت زوجاً، فلم ندر كيف الخروج من هذا، واشتبه علينا الأمر، و ذكر الكاتب أن المرأة استشارته فسألته أن يكتب لهامايصحّ لهذا الوصي، فقال لها: لاتصحّ تركتك لهذا الوصيّ إلاّ باقرارك له بدين يحيط بتركتك بشهادة الشهود، وتأمريه بعد أن ينفذ ما توصيه به، فكتبت له بالوصيّة على هذا، وأقرت للوصيّ بهذا الدين، فرأيك أدام الله عزك في مسألة الفقهاء قبلك عن هذا، وتعرفنا ذلك لنعمل به إنشاءالله، فكتب عليه السلام بخطه إن كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين

(۱) (۲) (۳) (٤) الوسائل الباب -١٦- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١٢ -٥- -٧- -١٠- .

من رأس المال إنشاءالله ، وإن لم يكن الدين حقاً أنفذلها ما أوصت به من ثلثها ،كفى أو لم يكف » فان الظاهر رجوع ذلك إلى الاتهام باخبار الكاتب وغيره ، و من هنا علّق الامر عليه السلام على معروفية الدين و مفهوميته ، و كونه حقاً .

كما أن مرجع غير ذلك من النصوص المطلقة إلى التقييد المزبور ، كخبر اسماعيل بن جابر [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أقرّ لوارث له و هو مريض بدين له عليه ؟ قال : يجوز إذا أقرّ به دون الثلث » وخبر سماعه [2] « سألته عمّن أقر لوارث له بدين عليه و هو مريض ؟ قال : يجوز عليه ما أقربه إذا كان قليلاً » .

وخبر أبي ولاد [3] « سألت أبا عبدالله عن رجل مريض أقرّ عند الموت لوارث بدين له عليه ؟ قال : يجوز ذلك ، قلت : فإن أوصى لوارث بشيء ؟ قال : جائز » .

وخبر القاسم بن سليمان [4] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اعترف لوارث له بدين في مرضه ؟ فقال : لاتجوز وصية لوارث ولا اعتراف له بدين » ،

و خبر السكوني [5] المتقدّم سابقاً وخبره الآخر [6] قال امير المؤمنين عليه السلام « في رجل أقرّ عند موته لفلان و فلان لأحدهما عندي ألف درهم ثم مات على تلك الحال ، أيّهما أقام البيّنة فله المال ، فإن لم يقم واحد منهما البيّنة فالمال بينهما نصفان » .

و خبر سعد بن سعد [7] عن الرضا عليه السلام « قال سألته عن رجل مسافر حضره الموت فدفع مالاً إلى رجل من التّجار فقال له : إن هذا المال لفلان بن فلان ليس لي فيه قليل ولاكثير ، فادفعه إليه يصرفه حيث شاء ، فمات ولم يأمر فيه صاحبه الذي

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٣ـ٩ـ٤

(٤) الوسائل الباب ـ١٥ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١٢ـ .

(٥) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١٢ـ .

(٦) الوسائل الباب ـ٢٥ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ١ـ .

(٧) الوسائل الباب ـ١٦ـ من ابواب احكام الوصايا الحديث ـ٦ـ .

جعله له بالأمر، ولايدري صاحبه ما الذي حمله على ذلك كيف يصنع؟ قال: يضعه حيث شاء».

إلى غير ذلك مما يجب حمله على التقييد المزبور في النصوص السابقة، و منه يعلم ضعف جميع الاقوال في المسألة المستلزم كل منها أو اكثرها طرح أكثر النصوص أو بعضها.

فمنها: القول بأنه من الأصل مطلقاً كماهو المشهور بين القائلين بان المنجزات منه، لامن الثلث، لعموم «إقرار العقلا»، لاقتضاء الحكمة قبول إقراره، والابقيت ذمته مشغولة في بعض الاحوال، وصاحب المال ممنوعاً عن حقه.

ومنها أنه إن كان عدلاً مضى من الاصل، وإلاّ فمن الثلث، و كان مستنده إرجاع تلك الاوصاف في النصوص المزبورة إلى العدالة وفيه أنه لاشاهد عليه، ولاتنافي بين العدالة والتهمة المفروضة في كلام كثيرمن الاصحاب من القرائن الحالية أو المقالية كما لا تنافي بين الفسق وعدمها كما هو واضح.

و منها: التفصيل بين الأجنبيّ والوارث، فالإقرار للأوّل من الأصل مطلقا، والثاني كذلك مع عدم التهمة، ومعها من الثلث، وهو المحكي عن أبي حمزة، وفيه طرح للنصوص المقيّدة بالاجنبي أو المطلقة.

ومنها: ما في النافع من أن الاقرار للوارث من الثلث مطلقا و للاجنبي مع التهمة، وبدونها من الأصل. وفيه طرح للنصوص المقيّدة في الوارث.

و منها: ما عن المفيد من أنه إن كان بدين مضى من الأصل، وإن كان بعين وكان عليه دين يحيط بجميع التركة قبل إقراره إن كان عدلاً مأموناً، وإن كان متهماً لم يقبل اقراره، وفيه طرح لبعض النصوص السابقة.

ومنها: ماعن التقي من عدم الفرق بين الصحيح و المريض في مضي الاقرار إن كان مأموناً، وعدمه إن كان غيرمأمون وهوغريب، إذ لاخلاف في مضي اقرارالصحيح من الاصل مطلقا.

ومنها : ما عن النهاية و القاضي من اشتراط العدالة و انتفاء التهمة في المضيّ من الأصل ، واشتراط انتفائهما معاً في المضي من الثلث ، قال الأول : « إقرار المريض جايز على نفسه للاجنبي و الوارث إذا كان مرضياً موثوقاً بعدالته ، فإن كان غير موثوق به ، و كان متهماً فإن لم يكن مع المقرله بينة اُعطى من الثلث » و يمكن ارجاعه إلى المشهور ، إن لم يكن الظاهر ، فتكون الاقوال ستّة ، لاسبعة ، وربما عدت عشرة و الامر سهل بعد أن عرفت أن الأصح منها الأول الذى يجتمع عليه جميع النصوص .

لكن أشكله بعضهم بأنه ليس في شيء منها الدلالة على النفوذ من الثلث مع التهمة ، وإنّما تدلّ على عدم النفوذ مطلقا بالمفهوم .

وفيه أن خبر العلاء وخبراسماعيل بن جابر ظاهران في ذلك ، بل لعله هو مقتضى المفهوم بعد الاجماع على عدم جريانه ، لئلايلزم اتحاده مع المنطوق حينئذ .

نعم قد يشكل بأن المتّجه إخراج ثلث ما أقربه من الدين من ثلثه ، والإمضاء في ثلث العين المقرّبها من دون غرامة قيمة الباقي من ثلثه ، لأن الدين بعد الموت يتعلق بمجموع التركة ، ولذا لو أقرالوارث نفذ في حصته بالبيّنة ، ولأن تعلق حق الورثة يمنع من نفوذ الاقرار في الزائد على الثلث ، فلا تقصير منه يوجب الضمان للمالك كما أنّه لامقتضى لغرامته للوارث من ثلثه لوأخذها المقرله بالاقرار .

ويدفع أيضاًفي الدين بظهور الفتاوى وبعض النصوص كخبر اسماعيل بن جابر ، بل لعله المنساق من جميعها في خروج ما أقر به منه من الثلث ، و لعله للفرق بينه وبين اقرار الوارث الذى حصل له سبب ملك حصته ، وهوالموت ، والدين إنما يمنع عنها بالنسبة ، بخلاف اقرار الميت المقتضى لشغل ذمّته و التأدية من ماله الذي لم يعارضه فيه غيره بتعلق حقّ ونحوه .

وفي العين بأن مقتضى عموم الاقرار و كون المال في يده دفعها إلى المقرله ، لأنه المخاطب بذلك ، ولاإثم عليه في الواقع ، ولكن في الظاهر منعه الشارع عما يقتضى اضرار الورثة من التصرفات التي لم تكن مستحقة عليه التى منها مانحن فيه ، إذ

إقراره لم يثبت به سبق الاستحقاق على وجه ينفذ على غيره .

فالجمع حينئذ بين الحقوق جميعها يكون بتدارك ضرر الورثة بدفع قيمة مافات عليهم من ثلثه ، فلولم يكن له ثلث كان للورثة منع المقر له من أخذها ، وكذا الكلام في المنجزات ، بل لعلّ الاقرار بعد عدم ثبوت السبق به منها ، وإن لم يكن إنشاء ، إذ هو سبب في الحكم بإزالة الملك في العين ، وشغل الذمة بالنسبة إلى الدين ، كالنذر في أيام المرض ، بناء على أنه من الثلث .

ومنه ينقدح حينئذ احتمال التفصيل بالتهمة وعدمها في ساير المنجزات ، على معنى أنه إن كان قدانهم بقصد الإضرار بالورثة بالتنجيز ، والفرار من الارث كان ذلك من ثلثه ، وإلاّ فمن الأصل ، وبه حينئذ يجمع بين النصوص السابقة ، و ربما كان في ذيل صحيح عبد الرحمن الطويل إيماءٍ في الجملة إليه ، لكن ظاهر الاصحاب خلاف ذلك ، بل يمكن دعوى الاجماع على عدم وجود اعتبار التهمة و عدمها في المنجزات ، ولعله لعدم اشعار النصوص السابقة على كثرتها بذلك .

بل قد يقال بمنع كون الإقرار من المنجزات التي قد تقدّم الخلاف فيها ، ضرورة تضمن تلك النصوص للعتق والهبة ونحوهما ، مما لايشمل الاقرار ، ولامنقح ، فالذى تقتضيه الضوابط كونه من الاصل مطلقا ، لكن أخرجت عنها صورة التهمة ، لأن مقتضاها الخروج من الثلث باعتبار تعلق حق الورثة ، وخرجنا عنها في صورة المأمونية بالنصوص ، إذ الظاهر من النص والفتوى عدم تعلق حق للوارث في العين حال الحياة .

ومن ذلك يظهر لك الحال في حكم الواسطة أى الذى لم يعلم كونه مأموناً وعدمه ، وفيما لو ادعاها الوارث على المقر له ، فإن القول قول المقر له مع يمينه على عدم العلم بالتهمة ، لاعلى العلم بعدمها ، لأنه يمين على نفى فعل الغير ، و يكفى حينئذ في الحكم للمقر له بالحق مجرد الإقرار مع عدم ظهور المانع من صحته ، وإن لم يعلم صحة السبب ، كما جزم به في المسالك ، بل ويظهر أيضاً فيما لو أقر بمنجز ولم يسنده إلى ما قبل المرض ، لكن في جامع المقاصد أنه لايبعد جعله من الثلث ،

وإن لم يكن تهمة ، لأن الاقرار إنما يقتضي اللزوم قبيل زمان الاقرار بمقدار ما يمكن انشاؤه ، ومقتضاه حينئذ سقوط حق المقر له مع عدم وفاء الثلث ، وفيه نظر .

وعلى كل حال فاقراره يلزم به في الظاهر لو برء ، سواء كان متهماً أو غير متهم، للعموم ، واحتمال أنه كالوصية في عدم اللزوم إذا كان متهماً وقلنا بالخروج من الثلث كما ترى، وتمام الكلام في هذه المسائل كلها في محالها إنشاء الله وانما اقتضت الضرورة لذكره هذه النبذة منها على الاجمال .

كما أنها اقتضت البحث في حال تركة الميت مع الدين، إذهي من المال المحجور على مالكه التصرف فيه، بناء على انتقالها إلى الوارث ،وأن الدين متعلق بها تعلق الرهانة ، ولكن تحقيق الحال فيها أن الاجماع بقسميه على تعلق الديون بها في الجملة ، وعلى عدم انتقالها إلى الديّان ، كما أن الاجماع بقسميه أيضاً على انتقالها إلى الوارث مع عدم الدين و الوصيّة ، بل حكاه بعضهم أيضاً على انتقال الفاضل عن الدين مع عدم الوصية ، وعلى انتقال الزائد عن الثلث اليهم معها وإن أوصى به .

إنما الكلام في انتقالها أجمع إلى الوارث مع الاستيعاب ، و في انتقال المقابل للدين منها مع عدمه ، فخيرة الحلي ، و المصنف ، والفاضل - في الارشاد ، والشهيد ، ومحكي المقنع ، والنهاية ، و المبسوط ، في أحد النقلين و الخلاف و النهاية ، وفقه الراوندي ، قيل ومال إليه الفخر و والده في وصايا المختلف ، أوقالا به - الثاني ، وأنه باق على حكم مال الميّت ، بل في المسالك والمفاتيح نسبته إلى الأكثر .

بل في وصايا السرائر «إذا كان على الميت دين يحيط بالتركة ، فانها بلاخلاف بيننا لاتدخل في ملك الغرماء ، ولاملك الورثة ، والميّت قد انقطع ملكه وزال، فينبغي أن تكون موقوفة على انقضاء الدين .

وفي دينها «ان أصول مذهبنا تقتضي أن الورثة لايستحقون شيئاً من التركة دون قضاء جميع الديون ، ولا يسوغ ولايحل لهم التصرف في التركة دون القضاء إذا كانت بقدر الدين ، لقوله تعالى «[1] من بعد وصيه يوصى بها أو دين » فشرط صحة

(١) سورة النساء الاية - ١٢ - .

الميراث وانتقاله أن يكون مايفضل عن الدين ، فلايملك الوارث الابعد قضاء الدين» الى آخره للآية الظاهرة في أن ملك السهام بعد الدين ، لظهور اللام في الملك لا استقراره .

ولصحيح عباد بن صهيب أو موثقته[1] عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل فرّط في اخراج زكاته في حياته ، فلما حضره الوفاة حسب جميع ما فرّط فيه ممايلزمه من الزكاة ، ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع إلى من يجب له قال : جائز يخرج ذلك من جميع المال، إنّماهو بمنزلة دين لوكان عليه ، ليس للورثةشيء حتى يؤدّ وا ماأوصى به من الزكاة » وصحيح سليمان بن خالد[2] عنه عليه السلام أيضاً « قضى أمير المؤمنين في دية المقتول أنه يرثها الورثة على كتاب الله ، و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين » . والسيرة المستمرة على تبعية النماء للتركة في وفاء الدين و هو مستلزم لبقائها على حكم مال الميت لا الورثة

خلافاً لقواعد الفاضل و جامع المقاصد والمبسوط في النقل الاخر والتحرير ، والتذكرة، وقضاء المختلف ، وحجر الايضاح ، و وصاياه ، وحواشي الشهيد ، وقضاء المسالك و مواريثه ، و مواريث كشف اللثام ، فاختاروا الأوّل ، بل ربما استظهر من بعضهم أنه المشهور ، و من التذكرة الاجماع عليه ، حيث قال : الحق عندنا أن التركة تنتقل إلى الوارث ، لمعلومية عدم بقاء المال بلامالك ، كمعلومية عدم كونه في المقام للغرماء للاجماع بقسميه و غيره ، بل والميّت ضرورة كون الملك صفة وجودية لاتقوم بالمعدوم ، كالمملوكية ولذا لم يدخل فيملكه جديداً إذ لافرق بين الابتداء والاستدامة و قضاء الدين من ديته ، و بما يقع في شبكته بعد موته أعم من ملكيته لذلك ، فتعين كونه للوارث ، ولأنها لولم تنتقل إليهم لماشارك ابن الابن مثلاً عمّه لومات أبوه بعد جدّه ، وحصل الابراء من الدين ، والتالي باطل إجماعاً ، ولان الحالف مع الشاهدإنما هو الوارث المخاصم فيمال الميت ، فلولا الانتقال لساوى الغريم فيعدم اثبات مال الغير

(١) الوسائل الباب -٤٠- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١-

(٢) الوسائل الباب ١٠- من ابواب موانع الارث الحديث -١- .

بيمينه ، وتعلق الحق لوسلّم لايسوغ ذلك ، ولأنه لاخلاف في أن الورثة أحق بأعيان التركة من غيرهم ، بل الاجماع بقسميه عليه ، و من هنا حكي عن بعضهم أن النزاع في القيمة لافي نفس الاعيان » و في كل من الدليلين نظر ، أما الاية فالمراد منها بعد الاجماع على ملك الوارث للثلثين مع الوصية بالثلث والاجماع المحكي الذي يشهدله التتبّع على ملكه الزائدعلى مقابل الدين بيان كون تقدير السهام بعدالوصية والدين دفعاً لتخيل كون الثلث مثلاً من أصل المال ، فلاتعرض فيها حينئذ لمالك ما يقابل الوصية والدين أنه الميّت أو الوارث ، ضرورة عدم منافاة المعنى المزبور لكل منهما، إذ مرجعه إلى نحو النصوص [1] الواردة في بيان الحال فى تركة الميّت ، من اخراج الكفن أولاً ، والدين ثانياً ، والوصية ثالثاً والسهام رابعاً ، و إن لم يكن فيها بيان تمام ذلك ، فالتقدير حينئذ هذه السهام من بعد الوصية والدين ، لاأن المراد منها تعليق الملك بعد الوصية والدين ، لمنافاته حينئذ الاجماع المزبور ، سواء أُريدبعد ايصال الوصية والدين إلى أهلها ، أو بعد عزلهما وتعيينهما .

واحتمال كون المراد منها تعليق جواز التصرف في الملك ، أو استقراره مع بعده غير نافع للخصم ، بل هوضارله ، كتقديرسعة المال بمعنى أن هذه السهام من اصل المال لأهلها مع سعة المال للوصية والدين ، وإن وجب عليهم حينئذ التادية منها ، فتبقى السهام حينئذ على ما هو المنساق منها ، من كونها من أصل المال ، خصوصاً مع قوله تعالى [2] « مما تركتم » و يكون مورد الاية حينئذ و المقصود منها بيان حكم التركة الزائدة ، وكذا تقدير العزل والأداء .

و على كل حال ما ذكرناه أولى من الجميع ، بل هو المقطوع به بعد التأمّل الجيّد ، و ربما يرجع إليه بعض ما سمعت ، و منه يظهر لك ما في الذي أطنب فيه الاردبيلي و تبعه عليه غيره ، بل منه يظهر لك ما في كلام كثير من الأصحاب فلاحظ و تأمّل .

---

(١) الوسائل الباب ـ٢٨ـ من ابواب احكام الوصايا .

(٢) سورة النساء الاية ـ١٢ـ .

وأما احتمال كون المراد « من بعد » فيها الكناية عن ملك الزائد على الوصية والدين ، فهو ـ مع انه لايساعد عليه اللفظ كمال المساعدة ـ غير مجد للخصم ، ضرورة كون أقصاه بيان حكم الزائد لاغيره ، واشعار التقييد حينئذ بعدم ملكه لغيره يدفعه احتمال كون ثمرة التقييد حينئذ بيان أنه الملك المجدى للوارث النافع له ، بخلاف غيره الذي يزول عنه بأدائه للوصيّة والدين ، بل لعل ذلك أولى من الأوّل الذي لاقرينة على تعيينه .

ومما ذكرنا يظهر لك النظر في الاستدلال بصحيح عباد [1] المعلوم عدم سوقه لبيان ذلك ، وأنه لامعنى لارادة نفي الملك منه بعد الاجماع المزبور ، وتخصيصه بمقابل الوصية والدين مناف لظاهره ، إذ لايرجع لفظ حتى فيه إلى معنى محصل ، ضرورة أنه يكون معناه ليس لهم ذلك حتى يؤدوه و حمله على خصوص التأدية من غير التركة كما ترى فلابد من حمله حينئذ على جواز التصرف أواستقرار الملك أو غير ذلك ، وكذا صحيح سليمان [2] .

و أما السيرة فقد يمنع تحققها على وجه يجدى ، ولوسلّم فهي أعم من الكون على حكم ملك الميت ، إذ يمكن كونه ملك الوارث ، و مع ذلك يجب دفعه في الدين لها كالأصل ، كما هو واضح .

و أما أدلة القول الثاني ففي أولها أنه لامانع عقلاً ولاشرعاً في بقاء المال على حكم ملك الميّت ، بل لابدّ من التزامه في مثل الوصية بالثلث للعبادة و نحوها ، والتزامه فيمن لم يكن له وارث إلامملوك يشترى فيعتق حتى يرث ، والتزام كونه للورثة في الاوّل ـ ويجب عليهم تأديته في تلك المصارف كما في جامع المقاصد ـ لاداعي له ، ولادليل عليه ، مع أنه لايتم في مثل الثاني ، ودعوى الاجماع على عدم بقاء المال بلامالك بحيث لايكفي هذا الحكم من الملك واضحة المنع .

وما أبعد مابين ذلك وبين القول بأنه يملك جديداً حقيقة كما عن ثاني الشهيدين

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب احكام الوصايا ـ الحديث ـ ١ ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ ١٠ ـ من ابواب موانع الارث الحديث ـ ١ ـ .

والفخر ، ناسباً له إلى بعض ، بل قيل : إنه ربما أراده المصنف في باب القصاص ، فيما إذ شهد به الوارث على جرح الموروث قبل الاندمال ، محتجاً بوفاء الدين من ديته الحاصلة بعدموته ، و مما يقع في شبكته .

وفيه أنه أعم من صفة الملك حقيقة ، ولعله لايريدها بل يريد مايرجع إلى حكم الملك ، ضرورة معلومية زوال الملك بالموت ، وقد سمعت نفي الخلاف فيه ، من الحلي والامر سهل في ذلك حيث لاثمرة معتدة بها فيه .

وشركة ابن الابن عمه أعم من الدعوى ، إذ لعله لا رثه الاستحقاق الذي كان لأبيه ، فانه لااشكال في استحقاق الوارث المال المقابل للدين لو اتفق ارتفاعه بابراء ونحوه ، و إن قلنا بكونه على حكم مال الميت حاله ، ولذا كانت الخصومة في أموال الميت له ، بل قد عرفت أنه الذي يحلف مع الشاهد ، ولعله لهذا الاستحقاق الذي كان الدين مانعاً عنه جازيمينه عليه ، وإن لم يكن ملكاله بالفعل ، ضرورة كونه ليس كغيره من الحقوق التي لم تجز اليمين لاثبات المال معها ، كحق الرهانة وغرماء المفلس ونحوهم ، والمسلم من أحقية الوارث عدم مزاحمة الغير له لوأراد العين بثمنها ، و هذا أعم من الملكية .

و منه يعلم أن دعوى النزاع في القيمة لا العين لذلك في غير محلها ، بل كلمات الاصحاب صريحة في خلافه ، كما لايخفى على الملاحظ لها فتأمل جيداً . فانه قد بان لك من ذلك كله النظر في الحجتين .

لكن لاريب في ان الاقوى القول الثاني لالما ذكروه ، بل لأنه بعد ما عرفت من عدم دلالة الاية و الرواية على البقاء على حكم مال الميت ، لم يكن معارضاً لمادل على أن جميع تركة الميت لوارثه بموته من العمومات وغيرها ، كقوله عليه السلام [1] « تركه الميت لورثته » وغيره و وجوب الوفاء غير قادح .

نعم في الوصية بالثلث بما يرجع إلى الميت لايبعد البقاء على حكم ماله ، للنصوص الدالة على أن له مع الوصية من ماله ثلثه ، وتعذر الملك حقيقة يعين إرادة بقاء حكم

(١) الوسائل الباب ــ٣ــ من ابواب احكام الضمان الحديث ــ٣ــ و غيرها .

الملك ، فهي في الحقيقة مخصصة لتلك النصوص ، إذ هو أقرب من احتمال الجمع بينها بإرادة حصول النفع للميت ، فلا ينافي ملك الورثة لها كما هو مقتضى العموم الأول و إن وجب عليهم صرفها فيما أوصى به ، كما لا يخفى على من لاحظها فإنها ظاهرة كمال الظهور في عدم ملك الوارث لها .

و بذلك افترقت الوصية عن الدين ، فإنه ليس فيما عثرنا عليه من الأدلة ما يدل على نحو ذلك ، الا ما عرفت النظر فيه ، مضافاً إلى اقتضاء القول ببقاء مقابل الدين على حكم مال الميت وملك الوارث الزائد تجشماً وتكلفا ، إذ هو إن رجع إلى الاشاعة على معنى أنه لو فرض مقابلة النصف وقت الوفاة كان المال بين الميت و الورثة نصفين ، واتجه التوزيع لو اتفق نقصان السعر أو التلف ، لا اختصاص الوارث وعود المال إلى ملك الميت كما هو المعروف بين الاصحاب ، و إن لم يرجع إلى الاشاعة اقتضى ملكا للكلي في غير الذمة ، و قد عرفت أن التحقيق احتياجه إلى الدليل في باب بيع الصاع من الصبرة ولا دافع لذلك إلا التزامه للدليل ، كما سمعته في خبر الاطنان[1] أو التزام الأول والتخلص مما سمعته بدعوى المراعاة في الملك لا العود من الوارث ، والكل تجشم .

ولعله مثله لازم في الوصية لو كان قد أوصى بكلي من ثلثه كالف ونحوه ، فانه لا ينقص مادام في الثلث سعة ، ولا يرجع إلى حصة معينة منه بحيث لو نقص اصل المال بسعر أو تلف دخلها النقص على تلك النسبة . لكن الجميع كما ترى لا يخلو من اشكال .

أما الدين فلا يرد فيه شيء من ذلك ، بناء على المختار من كون الجميع ملك الورثة ، وربما نلتزم مثله في نحو هذه الوصية وإن اخترنا كونها على حكم مال الميت لو أوصى بالحصة المشاعة على الوجه الذي عرفت ، فتأمل جيداً فانه قل من تعرض للوصية والذي تعرض لها جعل حكمها حكم الدين اغتراراً بظاهر الآية ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

(١) الوسائل الباب -١٩- من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث -١- .

وكيف كان فقد ظهر لك مماذكرنا حكم ما لولم يكن الدين مستغرقاً إذ على ماقلناه لافرق بينهما في الانتقال إلى الوارث ، أما على القول الاوّل فقد صرّح بعضهم بأنّ حكم المقابل حكم المستوعب في البقاء على ملك الميت ، وأما الفاضل فهو ملك الورثة وقدسمعت حكاية بعضهم الاجماع عليه ، ومن الغريب ما عن الفاضل في ارث القواعد من أن التركة مع الاستيعاب للورثة ، وأما إذا لم يكن مستوعباً فما قابل الدين على حكم مال الميّت ، ولم يحضرنا الآن مايشهدله من آية أورواية أو اعتبار .

والامر سهل بعدوضوح الحال لديك ، كوضوح الثمرات المترتبة على هذا الخلاف التي منها : أنه لا إشكال في تعلق الدين بالنماء بناء على بقائها على حكم مال الميت ، أمّا على الانتقال إلى الوارث ، فالمتّجه عدمه ، للاصل ، ودعوى تبعية النماء للمال في التعلق أيضاً ممنوعة ، وقدسمعت في باب الرهن منعها ، على أنك ستعرف أن التعلق هنا ليس كتعلق الرهن .

فنقول : إن تعلق الدين بالتركة هل هو تعلق رهن حتى لايجوز للورثة التصرف كماهو المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً ، أو ارش جناية فيجوز كما عن السيد الرضي، بل هو ظاهر قواعد الفاضل في باب الرهن ، أو تعلقاً مستقلاً ؟كما هو خيرة جامع المقاصد، والمحكي عن الفخر ، والظاهر أن هذا البحث يأتي على القولين ، إلّا أن ثمرته في المستوعب على الاوّل نادرة ، ضرورة عدم جواز تصرف الوارث بعد أن لم يكن مالكاً على كل حال .

نعم قدتظهر ثمرته في الوصيّ باعتبار تصرفه في التركة لقضاء الدين، فإنه لايجوز على الاوّل من دون إذنهم كالرهن ، وعلى الثاني يجوز كالثالث في احتمال ، ولو قيل: بأن الكل متفقون على جواز التصرف للدين من دون إذن الغرماء ، وإنما مراد القائل بتعلق الرهانة بالنسبة إلى نفوذ تصرف الوارث ، سقطت الثمرة من هذه الجهة .

وكيف كان فالتحقيق أنه تعلق مستقل لا يدخل في أحد التعلقين ، ضرورة خروجه عن موضوعهما ، فلايشمله دليلهما ، والشبه بكل منهما من جهة يقتضي خروجه عنهما ، وكثرة وجه الشبه بأحدهما لاتقتضي لحوق أحكامه ، و لعلّ مراد الاصحاب في

هذا الخلاف أن الدليل ولو الأصل يقتضي كون التعلق تعلّق الرهانة في الاحكام والارث وإلاّ فمعلوم خروجه عن موضوعها ، وان الشبه في الجملة لايثبت جميع الاحكام .

وعلى كلّ حال فقد جزم المحقق الثاني ، والفخر ، والشهيد في المحكي عنهما، بخروجه عنهما نعم قال الاوّل : يحتمل المنع من التصرف بالعتق بالبيع ونحوهما ، لمنافاته حكمة التعلق لاقتضاء نفوذ التصرف ضياع الدين ، ولصيرورة العين به كالمال المشترك ، ويحتمل العدم ، للاصل ، بل الاصول ، ولا منافاة بعد ثبوت التسلط الذي الحق على الفسخ إن لم يدفع له ، ففي الصحة حينئذ جمع بين الحقين ، و تحتم الأداء على الوارث حكمة التعلق .كما أن سلطنة الغريم على الفسخ تنفي الضياع ؛ ومن هنا قال : «التحقيق أن القول بالنفوذ أقوى» قلت : هو كذلك ، لكن لاثمرة ظاهرة غالباً حينئذ بينه وبين القول بتعلقه تعلق الأرش .

وعلى كل حال فهل يشترط في تعلق الدين بمجموعة التركة استغراق الدين إيّاها أو أزيد فلو كان أنقص لم يتعلق إلا بقدره ، لأن الحجر إنما وقع لاجل الدين فيختصّ بقدره أم لايشترط لأنه لا أولوية لبعض على بعض في اختصاص التعلق به ـ لأن الأداء لايقطع بكونه بذلك البعض ، لجواز التلف ، ولظاهر الآية [1] بناء على أنها لتعلق الملك ، أو جواز التصرف ، وصحيح عباد المتقدّم [2] بل وصحيح سليمان [3] ولأن الميّت لما خرج بالموت عن صلاحية استقرار الدين في ذمّته ، وجب أن يتعلق بكل مايمكن اداؤه من امواله لأن حدوث تعلّقه ببعض آخر عند تلف بعض معلوم انتفاؤه ـ اشكال «أقربه الاوّل» في القواعد والمحكي عن حواشي الشهيد وجامع الشرايع، والمسالك ، والكفاية ، «والأصح الثاني» في جامع المقاصد ، وهو المحكي عن ميراث القواعد وحجر الايضاح ورهنه وإرث الدروس وإيضاح النافع ، وظاهر المبسوط وقد يؤيد الأول ـ مضافاً إلى السيرة وإلى استبعاد الحجر على مال كثير بدين يسير ، بل لايخلو من

(١) سورة النساء الاية -١٢-

(٢) الوسائل الباب -٤٠- من ابواب أحكام الوصايا الحديث -١-

(٣) الوسائل الباب -١٠- من ابواب موانع الارث الحديث -١-

ضرر وحرج - الحسن أو الصحيح[1] أنه سئل عن رجل يموت ويترك عيالاً وعليه دين أينفق عليهم من ماله ؟ قال : إن استيقن أن الذي عليه يحيط بجميع المال ، فلا ينفق عليهم، وإن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال، ونحوه خبر عبدالرحمان بن الحجاج[2] عن أبي الحسن عليه السلام إذ هما وإن كانا في التصرف الاتلافي الذي يمكن أن يمنعه أيضاً القائل بتعلق الأرش أو التعلق المستقل ، وإن جوّز غيره مما ليس فيه إتلاف للعين ، لكن دال على غيره بطريق أولى ، من إمكان المناقشة في أدلة الثاني بأنه لاأولوية بعد أن كان التعلق بالمقابل الكلي ، والآية قدعرفت المراد منها ، والصحيح كما أنه محتمل لتعليق جواز التصرف ، محتمل لاستقرار الملك ، وأولى منه بذلك صحيح سليمان ، ولاحدوث للتعلق بعد تلف المعزول له ، بل هو انكشاف لكون التعلق بالذي تصرف فيه الوارث .

و منه يظهر الوجه في تسلط الغريم على الفسخ لو فرض تصرّف الوارث ولم يؤد الدين وضمانه لو كان قد أتلفه، واحتمال عدم جواز الفسخ للاذن في التصرف الذي وقع حال عدم تعلق الدين في غاية الضعف ، كتعليله ، فبان لك حينئذ من ذلك كله قوة القول بالتفصيل بين المستوعب وغيره ، الذي تظهر ثمرته على تقدير كون التعلق تعلق رهانة ، أو مستقلاً يمنع من التصرف ، أما إذا قلنا بعدم منعه حتى في المقابل فلا ثمرة له ظاهرة غالباً ، كما أنه بان لك مما ذكرناه عدم الفرق في جواز التصرف عند القائل بأنه تعلق أرش أو مستقل بين الاستيعاب و غيره ، كما هو مقتضى ما سمعته من الادلة .

لكن عن قضاء الايضاح والمسالك، وظاهر قضاء دين الميت من السرائر ، الاجماع على عدم جواز التصرف مع الاستيعاب، وأن الاشكال في غير المستوعب ، قال في الأول : «أجمع الكل على أنه إذا مات من عليه دين يحيط بجميع التركة ، لا يجوز للوارث التصرف فيها إلا بعد قضاء الدين ، أو إذن الغرماء» ونحوه عن الثاني أيضاً ، بل في مفتاح الكرامة «أنه كذلك ، يشهد له التتبع» .

(١) و(٢) الوسائل الباب -٢٩- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١-٢-

قلت : بل التتبع شاهد بخلافه كما لايخفى على من لاحظ القواعد ، و جامع المقاصد في باب الحجر ، مضافاً إلى عدم اقتضاء الأدلة الفرق بين المستوعب و المقابل للدين من غيره ، نعم في الزائد ماسمعته من البحث السابق فلاحظ و تأمّل ، ولو كان على الميت عهدة كما لو كان قد حفر بئراً في طريق المسلمين عدواناً فتردى فيه بعد موته ، أو كان قد سرت جنايته كذلك ، ولم نقل بالكشف بها عن شغل ذمّته قبل الموت ، أوردّ مبيعه بالعيب بعد أن أتلف هو الثمن مثلا ، فإن لم يكن قد تصرف الوارث بالتركة وجب الأداء منها ، بلا خلاف أجده فيه ، كما أنه لا أجده أيضاً في انتقال التركة هنا إلى ملك الوارث قبل حدوث الضمان ، و إن كان السبب متقدماً ، ضرورة عدم اقتضاء تقدمه بقاء التركة على حكم ماله ، لعدم تحقق الدين حينئذ .

اللّهم إلاّ أن يدعى الكشف ولادليل عليه ، إذ وجوب الاداء منها أعمّ من ذلك بل ينبغي الجزم به بناء على المختار من انتقالها إلى الوارث مع الدين المحقق فعلاً فضلا عما نحن فيه ، وإن كان قدتصرف فيها الوارث ببيع ونحوه ففي القواعد «احتمل فسادالتصرف لتقدم سبب الدين ، فأشبه الدين المقارن ، وعدمه ، فإن ادعى الوارث الدين وإلافسخ التصرف» ، وكأنه بنى الأول على كون التعلق تعلّق رهانة وقدعرفت مافيه سابقاً.

مع أنه لوسلم في الدين المقارن أمكن منعه هنا ، الاصل ، و تقدّم السبب لا يقتضي تقدّم المسبب ، و أقصى العهدة تعلق الدين الحادث بالتركة ، لا منع الوارث من التصرف ، ودعوى حدوث البطلان بحدوثه محتاجة إلى دليل ، فلا ريب أن الاصح الاحتمال الثاني على هذا التقدير ، فضلاً عن المختار ، بل إن لم يقم اجماع على تسلطه على الفسخ إن لم يؤدالدين الوارث أمكن منعه ، للاصل ولكن يقوى حينئذ تعلق الدين بالعوض ، لكونه بدل المال ذى العهدة .

اللّهم الاّ أن يقال : إنّها كالدين في التسلط على الخيار الذي منشؤه فيهما تضرر الغريم ، وأن له حقاً في الجملة ، ومنه حينئذ يتوجه ضمان الوارث اوفرض أن تصرفه كان باتلاف للمال من غير معاوضة ، كأن يكون طعاماً فأكله ، أو ثوباً فلبسه ، أو وهبه مجاناً أو نحو ذلك فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ الفصل الثاني في احكام الحجر ﴾ .

﴿ و فيه مسائل : الاولى ﴾ قد تقدم سابقاً انه لا خلاف معتد به في أنه ﴿ لا يثبت حجر المفلس إلا بحكم الحاكم ﴾ و إنما الخلاف في توقف دفعه على حكم الحاكم على ماعرفت .

﴿ و هل يثبت ﴾ الحجر ﴿ في السفيه بظهور سفهه فيه تردد ﴾ و خلاف ﴿ والوجه ﴾ عند المصنف ﴿ أنه لايثبت ، و كذا لايزول إلا بحكمه ﴾ وفاقاً للفاضل ومحكي المبسوط وشرح الارشاد للفخر وظاهر الغنية ، قيل : وكأنه مال اليه في غاية المراد ، بل عن تعليق الارشاد للكركي المشهور توقف الحجر على حكم الحاكم ، فيقوى حينئذ توقف إزالته عليه ، وإن كان هو كما ترى ، للاصل بمعانيه الثلاثة في توقف الثبوت عليه ، وبمعنى الاستصحاب في الزوال مؤيدة بأن موضوع السفه اجتهادى لوقوع الاختلاف في بعض مايعد فعله سفهاً ، وبالعسر والحرج ، إذ أكثر الناس سفهاء سيّما مع اعتبار العدالة وإصلاح المال والاكتساب وتحصيل المعدوم في الرشد .

لكن فيه أن الاصل يقطعه ظاهر قوله تعالى[1] «ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفاً» بناء على أن المراد عدم تمكين السفهاء من أموالهم كما عن أكثر المفسرين بقرينة «وارزقوهم» إلى آخره للاجماع على عدم وجوب الإنفاق على السفيه من غير ماله ، والحمل على من وجبت نفقته منهم ولا مال له كما ترى .

بل يشعر بذلك أيضاً قوله «وقولوا لهم قولا معروفاً» بناء على أن المراد الكلام الجميل والوعد بمالهم إذا رشدوا ، و تعليم حفظ المال وصيانته و نحوذلك ، بل وما بعد الآية ، بل قيل : وما قبلها .

ولا ينافي ذلك الاضافة الى ضمير المخاطب ، باعتبار رجوعها الى الأولياء

(١) سورة النساء الاية ــ ٥ ــ

بالارث ، أو باعتبار كونهم قوامين ومتصرّفين بهاكالملاك أوباعتبار الاشارة الى حفظها كحفظ أموالكم ، أو باعتبار أنّها من جنس أموالهم التي بها قوام الكل ، كما في قوله تعالى[1] «ولا تقتلوا أنفسكم»[2] و «فمن ماملكت أيمانكم من فتياتكم» فان المراد عدم قتل البعض بعضاً وجنس ماملكت وجنس الفتيات ، لانفس المخاطب وما ملكت يمينه و فتياته ، أو غير ذلك ممايكفي فيالاضافة التي كثر استعمالها لأدنى ملابسة .

وما في الصافي والعيّاشي[3] عن الصادق عليه السلام « هم اليتامى لاتعطوهم اموالهم حتى تعرفوا منهم الرشد ، قيل : فكيف يكون أموالهم أموالنا فقال: اذا كنت أنت الوارث لهم» يمكن عدم ارادة الحصر منه ، خصوصاً بعد استفادة حكم خصوص اليتامى من الاية التي بعدها ، بل روى عنه عليه السلام[4] في هذه الاية أنه قال : « من لاتثق به » و في رواية[5] «كل من يشرب الخمر فهوسفيه» .

وعن الباقر عليه السلام[6] « أنه سئل عن هذه الاية فقال : لاتؤتوها شرّاب الخمر ولا النساء ، ثم قال : وأي سفيه أسفه من شارب الخمر ، ولفظ الايتاء و ان كان ظاهراً في سبق الاستيلاء على المال الاّ أنه يمكن ارادة عدم التمكين منه ، على أنه بعدالتسليم يمكن دلالتها على المطلوب ، بناء على ماتسمعه في مفهوم آية الابتلاء[7] نعم في الصافي أيضاً عن القمي عنه عليه السلام [8] أيضاً أنه قال : السفهاء النساء والولد إذا علم الرجل أن امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لاينبغي له أن يسلط واحداً منهما على ماله الذي جعله الله له قياماً يقوم به ، و معاشاً قال : وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً » .

---

(١) سورة النساء الاية -٢٩-

(٢) سورة النساء الاية -٢٥-

(٣) (٤) (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ١٠ - ٩ - ٨ - ٠

(٦) الوسائل الباب - ٥٣ - من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٢ - ٠

(٧) سورة النساء - الاية -٦

(٨) المستدرك ج -٢- ص -٤٩٦-

ولكنك خبير أنه لايجوز الخروج عن ظاهر الآية بمثل هذا المرسل الذي يمكن عدم منافاته للمعنى المرادمن الآيةايضاً ، فلاريب حينئذ فياستفادة المطلوب من ظاهر الآية ، ضرورة اطلاق النهي فيها من دون تعرض للحاكم ، بلقد يستفادمن مفهوم قوله تعالى[1] ، أيضاً « فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » كاستفادة عدم توقف زواله علىحكم الحاكم .

ودعوى خروجها عن محلّ النزاع ـ للاجماع على عدماعتبار الحاكم في الاثبات والازالة بالنسبة إلى السفه المتصل بعد البلوغ ، وخصوصاً الزوال ، إذلو توقف عليه لطلب الناس عند بلوغهم فك الحجر عليه من الحاكم ، ولكان عندهم من أهم الاشياء فالسيرةالقطعية شاهدة على ذلك ، وعن المبسوط «وأما حجر الصبيفإنه يزول ببلوغه ولايحتاج إلى حكم حاكم ، وفي الناس من قال : لابد فيه منحكمالحاكم ، وهوخلاف الاجماع » ـ

يدفعها أولاً : ماعن نكاح التذكرة من ظهور عموم النزاع مؤيداً باطلاق كثير منهم هنا ، وثانياً : القطع بعدم الفرق ، ضرورة عدم مدخلية الاتصال بالصغر المنقطع بالبلوغ ، إذهو سبب جديد غير الأول ، فإنكان لايمنع من التصرفبالمال إلابحكم الحاكم ، وجب إعتباره في منع المالك منه ، وكذا الزوال ، والاتصال غيرمجد ، بل وكذا يستفاد المطلوب من قوله تعالى[2] «فانكان الذى عليه الحق سفيهاً» الىآخره حيث أثبت الولاية بمجرد السفه .

إلى ماذكرنا يرجعالاستدلال بأن العلّة السفهكما يشعر به تعليق الحكمعليه، فوجوده يستلزم وجود المعلول ، وعدمها يستلزم عدمه ، وبأنه إن جاز التصرف مع عدم حكم الحاكم لميكن الرشدشرطاً ، وهو باطلبالآية وبأن اشتراط جوازالتصرف بالرشد يقضي بأن زوال الشرط يستلزم زوال المشروط ، كما أن منه يظهرالاستدلال أيضاً بالاجماع السابق ، بل وباطلاق النصوص التي هي نحو آية الابتلاء .

---

(١) سورة النساء ـ الاية ـ ٦.

(٢) سورة البقرة ـ الاية ٢٨١

والتأييد الاول واضح الدفع ، ضرورة كون الكلام في الحجر بعدثبوت السفه لافي موضوع السفه ، وأمّا التأييد الثاني فيدفعه منع كون أكثر الناس سفهاً ، على أنه مشترك الالزام ، ضرورة وجوب التحجير حينئذ على الحاكم من باب الحسبة ، وخصوصاً إذا كان هو الولي وقدتقدم في موضوع السفهمايفيدك حقيقة الحال ، فلاحظ وتأمل.

ومن ذلك كلّه يظهر قوة القول بعدم توقفه ثبوتاً و زوالاً على حكم الحاكم ، وفاقاً لجامع المقاصد ، والروضة ، والمسالك ، والكفاية ، والمفاتيح ، والرياض ، على ماحكي عن بعضها ، بل هوخيرة اللمعة أيضاً بالنسبة إلى الثبوت دون الزوال ، فأوقفه على حكم الحاكم للاصل المقطوع بماعرفت ، ولاحتياج معرفته إلى الاجتهاد الذي قدسمعت مافيه ، مضافاً إلى انتقاضه في الثبوت .

ومنه يظهر ضعف القول الرابع الذى هو عكس ذلك ، وقد اعترف جماعة بعدم معرفة قائله وربما استظهر من غاية المرادللشهيد . نعم عن التحرير أنه جزم باحتياجه إلى حكم الحاكم في الثبوت ، وتوقف في الزوال عكس ماعن الارشاد .

وعلى كل حال ففيه مالايخفى ، مع أن ماقيل في وجهه من أن حكم الحاكم كان مشروطاً بوجوده فلما عدم السفه امتنع ثبوت الحجر ، إذيمتنع بقاؤه من دون الشرط ، خصوصاً على القول بأن البقاء يحتاج إلى علّة ، وأن علة البقاء علّة الحدوث موافق للمختار ، إنما الكلام في توقف ثبوته على حكم الحاكم ، و ليس إلاّ ما عرفت سابقاً مما هو واضح الضعف والله أعلم .

المسألة ﴿ الثانية : اذاحجر عليه ﴾ الحاكم ﴿ فبايعه انسان ، كان البيع باطلاً ﴾ مع عدم اجازة الولي لامعها ، لما عرفت سابقاً سواء كان بعين ماله أو مافي الذمة ، رضي البايع بالانتظار إلى احتمال فك الحجر أولا ، بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ، بل عن الأردبيلي أنه يمكن تحريم أصل المعاملةمعه ، ومجرد ايقاع صورة البيع و الشراء معه ، و إن كان فيه منع واضح ، وحينئذ ﴿ فان كان المبيع موجودا استعاده البايع ﴾ عالماً كان أو جاهلاً بالحكم أو الموضوع ، أذن بالقبض أولا ، بلا خلاف أجده ولا اشكال ، ضرورة بقاء المال حينئذ على ملكه ، فله انتزاعه ، واحتمال

صيرورته هبة في بعض أفراد المسألة كما ترى .

﴿وإن تلف و﴾ قد ﴿قبضه باذن صاحبه﴾ العالم بموضوعه وحكمه ﴿كان تالفاً﴾ من مال مالكه ﴿وإن فك حجره﴾ بعد التلف لأصالة البراءة بعد أن كان هو المسلط له على ذلك ، وهو المسقط لحرمة ماله ، فلا يشمله شيء من أدلة الضمان.

لكن الانصاف أنه إن لم يثبت الاجماع عليه كما هو الظاهر من بعضهم حيث ارسلوه إرسال المسلّمات ، وادّعوا ظهوره و وضوحه بحيث لايحتاج إلى بيان لايخلو من اشكال ، يظهر مما ذكروه في قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده ، مع العلم بالفساد من أنه لايقتضي سقوط الضمان بعد أن كان الاذن حاصلا فمن ضمن البيع فهي في الحقيقة مشروط بصحة البيع المفروض انتفاؤها ، فتنتفي حينئذ الاذن ، ويكون كفاقد الاذن في شمول أدلة الضمان له ، وهو بعينه جار في المقام و قياس السفيه على المجنون الذي لايعقل معه الخطاب المشروط ـ واضح الفساد ، ضرورة كون السفيه مكلفاً قابلاً للخطاب ، وإن حجر عليه في التصرف في المال .

واغرب من ذلك ماعساه يظهر من إطلاق المصنف وغيره ، من عدم الضمان مع الجهل أيضاً ، بل صريح القواعد ومحكي المبسوط ، والتحرير ، و التذكرة ، وجامع المقاصد ، والكفاية ، ولعله ظاهر المسالك أيضاً قال : «ووجهه أن البايع قصّر في معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بأن العوض المبذول منه ثابت أم لا؟ فهو مضيع لماله » .

وفيه منع كون ذلك مسقطاً لحرمة المال ، مع عموم أدلة الضمان ، وقد يفرض عدم التقصير المزبور أيضاً ، ولعله من هنا حكى في التذكرة عن بعض الشافعية أن السفيه إذا أتلف المال بنفسه ضمن بعد رفع الحجر ، ثم قال : «ولا بأس به» بل خصّ في اللمعة الضياع وعدم الضمان بالمعامل العالم ، بل نصّ في الروضة لو كان جاهلاً بحاله كان له الرجوع مطلقا ، لعدم تقصيره ، بل عن الأردبيلي أنه تأمّل في صورة العلم أيضاً لأنه صار سفيهاً أيضاً ، إلا أنه استظهر عدم الضمان ، ثم قال: «الذي يختلج في صدري ضمانه مع علمه » أي السفيه بعدم صحة هذا العقد وعدم صحة التسلط إلاّ أن يكون المسلّم إليه عالماً وقبضه إيّاه » فتأمّل هذا كله إذا قبضه بالاذن .

و أما إذا كان قد قبضه بغير إذن ، فالمتجه فيه الضمان ، لعموم أدلته ، و عدم صدور غير العقد الفاسد من المالك ، و هو لايقتضي الإذن فهو حينئذ كمالوأتلف ما لم يؤذن له فيه ، وهو الظاهر من المصنف ، بل هو صريح غيره ، بل لاأجد فيه خلافاً بيننا و بين غيرنا ، سوى ما عن الاردبيلي من أن الظاهر عدم الضمان ، لأن المالك قد ضيعه على نفسه باجراء العقد المسلط عرفاً على القبض ، وفيه مالايخفى ، خصوصاً بعد أولوية السفيه في الضمان من الصبي و المجنون اللذين قيل بلزوم الضمان عليهما لوفرضنا كذلك .

و مما ذكرنا يظهرلك الحال فيما لو اقترض السفيه وأتلف المال ، و إن صرح في القواعد أيضاً بعدم الضمان فيه على كل حال ، لكن فيه ما تقدم ، مضافاً إلى ما ذكروه في اقتراض المملوك و اتلافه له على نفسه من دون إذن سيده من ضمانه ، و أنه يتبع به العتق ، إذ السفيه إما أولى منه أومساوله ، ولولاتصريح البعض هنا بعدم الضمان ولوفك الحجر ، لأمكن تنزيل كلامهم على عدم الضمان فعلاً ، بحيث يؤدي من ماله .

و على كل حال فالذي ينبغي مراعاة الضوابط بعد فرض عدم الاجماع في المقام إذ دون ثبوته على الوجه المثمر خرط القتاد،فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ و ﴾ مما ذكرنا يعلم الحال فيما ﴿ لو أودعه ﴾ انسان مثلاً ﴿ وديعة ﴾ مع العلم بحجره ﴿ فاتلفها ﴾ ولومباشرة لكن قال المصنف : ﴿ ففيه ﴾ أي في ضمانه ﴿ تردد ﴾ وخلاف ﴿ والوجه انه لايضمن ﴾ كما عن ارشاد الفاضل ، للاصل ولتفريطه بالايداع بعد نهى الله تعالى عن ايتاء السفيه المال ، فهوحينئذ سبب أقوى من المباشر.

ولان اسماعيل بن الصادق عليه السلام[1] أراد أن يستبضع رجلاً فنهاه أبوعبدالله عليه السلام عن ذلك ، لأن ذلك الرجل كان يشرب الخمر ، فخالفه واستبضعه، فاستهلك ماله ، فحج أبوعبدالله عليه السلام ، و حج معه ابنه اسماعيل فجعل يطوف بالبيت ويقول«اللهم أجرني واخلف علي» فلحقه أبوعبدالله عليه السلام ، فهمزه بيده من خلفه ، فقال له : مه يابني فلا

(١) الوسائل الباب -٦- من ابواب أحكام الوديعة الحديث - ١ - .

والله مالك على الله حجة ، ولالك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك أنه يشرب الخمر فائتمنته (الى ان قال) : فإن الله عزّ وجلّ في كتابه يقول « ولاتؤتوا السفهاء أموالكم» فأي سفيه أسفه من شارب الخمر ، إنّ شارب الخمر لايزوّج ولا يؤتمن على أمانة ، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لم يكن للذى ائتمنه على الله عزّ وجل أن يأجره » .

وفيه أن الاصل مقطوع بأدلة الضمان كعموم من أتلف ونحوه ، والايداع من مكلّف بعد أن لم يكن فيه إذناً بالاتلاف ليس تفريطاً ليسقط معه حرمة المال ، و يخرج به عن عمومات الضمان ، و دعوى قوة السبب على المباشرة واضحة المنع ، كوضوح عدم دلالة الخبر المزبور الذي لاجابر له .

مضافاً إلى اشتماله على مخالفة اسماعيل لوالده ، والمعلوم من ورعه خلافه ، و إلى نهيه عن الدعاء الذى لا اشكال في جوازه له ، فظهر حينئذ قوة القول بالضمان وفاقاً للتذكرة ، وجامع المقاصد ، والمسالك ، والروضة، ومجمع البرهان على ماحكي عن بعضها ، انهو حينئذ كالغصب الذي لم أجد خلافاً في ضمانه ، بل هو منه ضرورة كون السفيه بالغاً عاقلاً ، بل لعلّه أفحش منه .

نعم لو كانت الوديعة مثلاً من مجنون أوطفل غير مميّز اتّجه حينئذ عدم الضمان بالاتلاف مباشرة ، فضلاً عنه بالتفريط ، كما عن التذكرة والتحرير ، للاصل بعد الشك في تناول عمومات الضمان له ، باعتبار قوة السبب على المباشر الذى هو كالحيوان ، فما عن بعضهم من الضمان مطلقا ضعيف .

بل وما في المسالك من الفرق بين المباشرة والتفريط ، لأن الضمان بالثاني فرع وجوب الحفظ المعلوم انتفاؤه عنها ، بخلاف الأوّل المبنيّ على سببيّة الإتلاف للضمان، وهي لافرق فيها بين التكليف وعدمه ، و لذا ضمنا لو أتلفه بلا إذن من المالك في أصل الاستيلاء بلا خلاف ولا إشكال ، لما قد عرفت من قوة السبب على مثل هذا المباشر ، وأنه كما لو أهمل ماله حتى أتلفته دابة الغير .

أما إذا كان الصبي مميزاً فقد يقوى ضمانه بالمباشرة ، بل وبالتفريط بناء على أنه لايقصر عنها ، لمنع قوة السّبب هنا على المباشرة بعد استمرار السيرة على الاعتماد

عليهم في الحفظ ، وعدم التكليف لاينافي الضمان حتى بالاهمال ، ودعوى - توقف صدق التفريط عليه - يمكن منعها ، و لذا يضمن الساهي و الغافل و الناسي ونحوها فتأمّل جيّداً والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ لاخلاف في أنه ﴿ لوفك حجره ﴾ بحصول الرشد ﴿ ثم عادمبذّراً ﴾ وقلنا بتحقق السفه به ﴿حجر عليه، ولوزال فك حجره ولوعاد عادالحجر عليه ﴾ وهكذا دائماً ﴾ ضرورة اقتضاء وجود العلة وجود المعلول كنفيها من غير فرق بين القول بتوقف حجره على حكم الحاكم وعدمه .

المسألة ﴿الرابعة﴾ قد أطلق الشيخ فيما حكى عنه هنا وكثير ممن تأخر عنه أن ﴿الولاية في مال الطفل والمجنون للاب والجدللاب ﴾ بل هومعقد ما في المسالك ومحكي الكفاية من نفي الخلاف فيه ، بل هو معقد اجماع التذكرة ولاريب فيه في الجملة ، بل عن مجمع البرهان كان عليه اجماع الامة .

مضافاً إلى النصوص المستفيضة ، في الاوّل بل ربما ادعى تواترها الواردة في النكاح[1] المدعى دلالتها على ماهنا بالأولوية ، و إلى خصوص النصوص[2] الواردة في بحث أموال اليتامى والوصيّة وغيرهما من المباحث الكثيرة ، كما عن الرياض .

نعم قد يتوقف في خصوص من تجدّد جنونه بعد بلوغه و رشده الذي هو أحد أفراد ذلك الاطلاق ، لانقطاع ولايتهما حينئذ عنه ، فيندرج تحت عموم ولاية الحاكم الذي هو نايب الأصل ، بل جزم به في المحكي من جامع المقاصد ومجمع البرهان بل عن ظاهر الأخير ونكاح المسالك أنه لاخلاف فيه ، بل ربما استظهر من بعض مواضع نكاح التذكرة الإجماع عليه ، وإن كان المحكي عنها فيه أيضاً عكس ذلك ،كما أن المحكي عن إيضاح النافع أن المشهور في باب النكاح عدم الفرق ، وعن غيره العكس أيضاً .

وعلى كلّ حال فلاريب في قوة رجوع أمره إلى الحاكم إذا لم يكن في النصوص إطلاق يعتمد عليه ، فا نها لم تحضرنا جميعاً الآن ، والأحوط توافقهما معاً، وقد يتوقف

(١) الوسائل الباب ٦ من ابواب عقد النكاح و أولياء العقد .

(٢) الوسائل الباب ١٥- من ابواب عقد البيع وشروطه .

أيضاً في ولايتهما مع فسقهما أيضاً خصوصاً إذا كان يظن معه أو يقطع بالاضرار ، وإن كان مقتضى الاطلاق ذلك ، بل عن نكاح التذكرة الاجماع على الولاية مع الفسق.

نعم عن الفاضل أنه تردد في ذلك في وصايا القواعد بل عن الوسيلة اشتراط العدالة ، والايضاح «الاصحّ أنه لاولاية للأب والجدّ مادام فاسقاً، لأنّها ولاية على من يدفع عن نفسه ، ولايعرب عن حاله ، و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نص القرآن على خلافه » .

ولعل التحقيق عدم اشتراط العدالة ، للأصل والاطلاق ، ولكن متى ظهر للحاكم ولو بقرائن الاحوال الضرر منهما عليهما عزلهما ، ومنعهما من التصرف حسبة ، وإن علم عدمه أقرّهما ، و إن لم يعلم حالهما فربما قيل بالاجتهاد في حالهما ، فيتتبع سلوكهما وشواهد أحوالهما، ويمكن عدم اعتبار ذلك عملاً بالاطلاق ، بل لعله الاقوى.

وأما مايظهر من المصنّف و غيره من اشتراكهما في الولاية على معنى نفوذ تصرّف السابق على كل حال فلا أجد فيه خلافاً ، بل عن ظاهر نكاح المسالك الاجماع عليه ، لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما، بل مقتضاه أيضاً البطلان لو اقترنا ، لعدم الترجيح كما هو ثالث الاقوال في المسألة ، وقد قيل : بترجيح الجدّ لثبوت ولايته على الاب في بعض الاحوال ، و للنصوص المستفيضه في باب النكاح[1] والاجماعات المحكية ، فيثبت في المقام بالأولوية ولعله لذا قال الكركي في المحكي من تعليقه على الارشاد بعد ان اعترف بعدم تصريح للأصحاب هنا بذلك :كلامهم في باب الأنكحة يقتضيه ، مشيراً إلى الأولوية المزبورة وقيل بتقديم ولاية الأب لشدة اتصاله ، وكون ولاية الجدّ بواسطته ، والجميع كما ترى حتى الأولوية المزبورة ، بناء على عدم حجيّة كل ظنّ للمجتهد ، و دعوى حصول القطع أو دليل معتبر عليها من إجماع ونحوه يمكن منعها ، بل اطلاق كلامهم ، في المقام يقتضي ما ذكرنا ، فتأمّل جيّداً .

وكيف كان ففي تعدى الحكم إلى أب الجدّ وجد الجدّ و إن علا مع الأب نظر ولعل اطلاق القائل يقتضيه نعم قد يتوقف في تقديمه على من هو أدنى منه ، لعدم

(١) الوسائل الباب ٦- من ابواب عقد النكاح واولياء العقد .

انسياقه من الأب فتأمل جيداً .

وعلى كل حال ﴿فإن لم يكونا فللوصي فإن لم يكن فللحاكم ﴾ أي الثقة المأمون الجامع للشرائط بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا إشكال ، فإن لم يكن الحاكم فظاهر جملة من العبارات المعدّدة للأولياء ، عدم الولاية حينئذ لاحد، بل هو صريح المحكى عن ابن ادريس ، وهو كذلك بالنسبة إلى الأم وغيرها من الاخوة والاعمام والاخوال وغيرها ، بل خلاف أجده ، بل عن التذكرة الاجماع عليه في الأم ، بل عن مجمع البرهان أنه اجماع الأمة .

نعم قد يقال : إن قاعدة الاحسان وولاية المؤمنين بعضهم على بعض ولزوم التعطيل بل و الضرر في كثير من الموارد قيل : بل و حكاية فعل الخضر يقتضى ثبوتها لعدول المؤمنين ، بل ربما يرشد إلى ذلك .

صحيح ابن بزيع[1] وقال : إن رجلاً من أصحابنا مات ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبدالحميد ابن سالم القيم بماله ، و كان الرجل خلّف ورثة صغاراً ومتاعا وجوارى فباع عبدالحميد المتاع فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه في بيعهن إذ لم يكن الميّت صيّر إليه ، وكان قيامه بأمر القاضي ، لأنه فروج ، فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام فقلت جعلت فداك يموت الرجل من أصحابنا فلا يوصي إلى أحد وخلف جوارى فيقيم القاضي رجلاً منا لبيعهن أوقال : يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنهن فروج فماترى في ذلك ؟ فقال : إذا كان القيم مثلك ومثل عبدالحميد بن سالم فلابأس .

وخبر سماعة[2] ورفاعة سألته عن رجل مات وله بنون صغار وكبار من غير وصيّة وعقار كيف يصنعون الورثة بقسمة ذلك الميراث ؟ فقال : إن قام رجل ثقة فقاسمهم ذلك فلابأس» قيل : ومثله صحيح ابن رئاب[3] و المناقشة فيه باحتمال كون ذلك إذناً

(١) الوسائل الباب -١٦- من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث -٢- .

(٢) الوسائل الباب -٨٨- من ابواب احكام الوصايا الحديث - ٢ - لكن فيه عن زرعة عن سماعة .

(٣) الوسائل الباب -٨٨- من ابواب احكام الوصايا الحديث -١- .

خاصاً من إمام الوقت كما ترى ، فالقول به حينئذ لايخلو من قوة ، وفاقاً لصريح بعض الأصحاب ، بل نسب إلى مشهورهم ، بل ربما نسب ذلك اليهم ، والله أعلم .

و﴿أما السفيه والمفلّس فالولاية في مالهما للحاكم لاغير ﴾ بلاخلاف أجده في الثاني ، وقدتقدم الكلام فيه سابقاً، بل و الأوّل إذا كان متجدداً بعد البلوغ ، عداما عن الكفايه ، والرياض من ارسال قول فيه بعود ولاية الأب والجدّ عليه ، ولم نتحققه لاحد ، كمالم نعرف له دليلاً صالحاً لقطع الأصل فمن الغريب ميل بعض متأخرى المتأخرين إليه ، التفاتاً إلى كونه في التزويج كذلك ، و إلى ما عن التذكرة من الإجماع ، وفيه بعد تسليم الملازمة أو الأولوية منع كونه في التزويج كذلك .

وما عن التذكرة من الإجماع في المقام بل المحكي عنها مع أنه إطلاقات ولم تتحقق ، وفي التزويج أيضاً ، بل و في المجنون مضطرب لايصلح للفقيه التعويل على أمثاله ، بل ربما حكي عنها معقد إجماع على خلاف ذلك ، وكيف يسوغ لها أولغيرها دعوى الإجماع في المقام ، بحيث يشهد عليها ، مع ظهور كلمات الأصحاب في خلافه ، بل عكسه مظنة الإجماع ، بل لابأس على من يدعيه في المقام .

وبالجملة فلاريب في أن الولاية في ماله للحاكم الذى هو وليّ من لاوليّ له ، بعد أن لم يثبت بدليل شرعي ولايتهما عليه ، بل الدليل و هو الاصل على خلافه ، إنما الكلام فيمن اتصل سفهه ببلوغه ، فان ظاهر المصنف وغيره ممن اطلق كاطلاقه أن ولايته للحاكم أيضاً ، بل عن بعضهم التصريح بهذا الاطلاق ، بل ربما نسب إلى الأشهر بل قيل : إن وجهه ظاهر ، بناء على توقف الحجر عليه ، ورفعه عنه عليه ، إذ يكون الامر حينئذ في ماله اليه ، بل ربما جعل ذلك دليلاً للمدعى .

إلاّ أن ذلك كله كما ترى ، ضرورة اقتضاء الاستصحاب ثبوت ولايتهما التي هي المنساقة من آية الايناس[1] المحكي تفسيرها عن الباقر عليه السلام[2] بالعقل وإصلاح المال

---

(١) سورة النساء الاية -٥- .

(٢) تفسير البرهان - ج ١ ص ٣٤٥ .

و عن الصادق عليه السلام [١] بحفظ المال ، و من خبر هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام [٢] « و إن احتلم ولم يونس منه رشداً و كان سفيها فليمسك عنه ماله وليه » إذلاريب في ظهورهما في ارادة الولي قبل البلوغ ، سواء كان الأب أوالجدّ أوالحاكم أو غيره ،فإنه المخاطب بامساك المال وحفظه حتى يرشد ، والتكلفات لاتنافي المنساق ، وتوقف الحجر على السفيه و رفعه على الحاكم مع أنه يمكن منعه في المتصل سفهه ، بل عن التذكرة التصريح بعدم توقف رفعه عليه ، لايقتضي ثبوت الولاية للحاكم في المال ، ولعلّه لذلك و غيره صرّح جماعة من المحققين بثبوت الولاية لهما في الفرض ، و عن التذكرة أنه نفى عنه البأس في آخر كلامه ، وعن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتوج ، بل عن مجمع البرهان أنه ممالاخلاف فيه ولانزاع ، وعن نكاح المفاتيح لاخلاف في ثبوت الولاية لهما على السفيه والمجنون مع اتصال السفه والجنون بالصغر، والظاهر عدم إرادته خصوص النكاح ، مع ماعن بعضهم من أنه لافرق في هذا النزاع بين النكاح والمال ، بل قدعرفت دعوى أولوية المال منه .

لكن الانصاف تحقق الخلاف في المال كماعرفت ، ومنه يظهر ماعن نكاح الرياض وتثبت ولايتهما على البالغ مع فساد عقله بسفه وجنون اجماعاً ، حتى لوأراد خصوص النكاح ، إذ الظاهر تحقق الخلاف فيه أيضاً .

وعلى كل حال فالتحقيق ما عرفت ، وإن كان كلمات الاصحاب في المقام والنكاح لاتخلو من اضطراب ، و حينئذ فوصيّهما أولى من الحاكم ، كما أن الجدّ أولى من وصيّ الأب بلاخلاف ولااشكال ، والله أعلم بحقيقة الحال .

المسألة ﴿ الخامسة ﴾ لا خلاف في أن السفيه كالرشيد بالنسبة إلى العبادات فـ﴿ إذا أحرم بحجة﴾ وعمرة ﴿واجبة ﴾ ولو بالنذر قبل الحجر أو سببه ﴿ لم يمنع مما يحتاج إليه في الاتيان بالفرض ﴾ و إن زاد على نفقة الحضر ، لكن لايمكّن هو من الانفاق ، بل ينفق عليه وليه أو وكيله ﴿ و إن أحرم تطوعاً فان استوت نفقته

(١) الوسائل الباب -٤٥- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٦- و -١٣- .
(٢) الوسائل الباب -٤٤- من ابواب احكام الوصايا الحديث -٩- .

سفراً وحضراً لم يمنع ﴾ منه أيضاً ، بلا خلاف أجده فيه ، لعدم الضرر ، وإلاّ منع خلافاً للمحكي عن الأردبيلي فلم يمنعه و إن زاد ، و هو مع أنه لم نجدله موافقاً ـ مناف لحكمة الحجر، ولذا يمنع من النذر بالصدقة بعين ماله ، وبناء المساجد والقناطر و نحو ذلك ، واحتمال اختصاص منع السفيه بالتصرف المنافي خاصة لا الأعم منه و الموافق لتصرفات العقلا مناف لكلمات الأصحاب ، و عموم أحكام الشرع بل ولحكمة الحجر فلاينبغي التوقف فيما نحن فيه .

نعم إذا لم يتفاوت بين السفر و الحضر لم يمنع لعدم الضرر قيل : ﴿ و كذا إن أمكنه تكسّب مايحتاج اليه ﴾ بل نفى الخلاف عنه بعض مشايخنا ، لكن قد يشكل بأن مايكتسبه مال فيتعلق الحجر به أيضاً . وأجيب بأنه قبل الاكتساب لم يكن مالاً وبعده صار محتاجاً إلى زيادة النفقة على أن الاكتساب غير واجب على السفيه ، و ليس للولي قهره عليه ، فلايلزم من صرف مايحصل به اتلاف لشيء من المال الذي تعلق الحجر به .

و فيه إنما يتم لو لم يمكنه العود أو أمكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال ، وإلاّ لم ينفعه احتياجه الى النفقة والاكتساب ، و إن كان غير واجب عليه ، ولا يقهر عليه إلا أنه إذا اكتسب باختياره تحقق المال ، ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر لا يحصل في الحضر و كان بعد التلبس بالحج مثلاً أو قبله ، و لم يمكن العود إلا بصرفه زال الاشكال ، ويمكن حمل عبارات الأصحاب على ذلك أو نحوه .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو لم يكن كذلك ﴾ بل احتاج في السفر إلى مايزيد على نفقته في الحضر من ماله المحجور عليه ﴿ حلّله الولي ﴾ من الاحرام محافظة على ماله ، بل في القواعد و محكي المبسوط ، والتحرير ، أحلّه بالصوم ، و ظاهرهما تعيينه به ، دون الهدى ، مراعاة لحفظ المال ، لكن عن الشهيد أني لم أقف على كون التحليل بالصوم إلاّ من طرق العامة .

نعم ، روى معاوية بن عمّار عن أبي عبدالله عليه السلام [1] ، « في الحصر ، ان لم يجد هدياً قال : يصوم » و في كتاب المشيخة لابن محبوب روى صالح بن عامر عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل خرج معتمراً واعتل في بعض الطريق وهو محرم قال : ينحر بدنة ويحلق رأسه ، ويرجع إلى أهله فلا يقرب النساء ، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً » .

قلت : الظاهر إرادة من أطلق التحليل بالصوم ما صرّح به بعضهم من كونه عشرة أيام من دون اعتبار التوالي والزمان ، وأنه في الحج ، كما أن الظاهر بناء ذلك على ان لدم الاحصار بدلاً ، وعن بعضهم أنه استقرب عدمه ، واستشكل الفاضل فيه في القواعد وحينئذ فينبغي بقاؤه محرماً إلى زمان الفك كما صرّح به بعضهم ، وقد يقال: إنه يتعين حينئذ على الولي تحليله بالهدى إذا فرض نقصانه عن زيادة النفقة ، لأنه صار ولو بالعارض مثلها ، بل لولا ظهور إتفاق من تعرض للحكم هنا على ذلك أمكن المناقشة في أصل تحليل الولي له ، لأنه بالاحرام صار الزايد كالنفقة ، و ربما يؤيده في الجملة ما تسمعه من المصنف من تردّده في كفارة اليمين مثلاً بالمال ، فتأمّل جيداً .

وعلى كلّ حال فظاهر من تعرض للحكم هنا صحة إحرامه وإلاّ لم يحتج إلى تحليل الولي ، و هو كذلك ، إذ النهي عن أمر خارج عن ذات العبادة ، بل وعن شرطها ، لأن المندوب لا يشترط فيه المال فينعقد ، و إن كان للولي التحليل تداركاً للزائد . والله أعلم .

المسألة ﴿السادسة﴾ لا خلاف بل ولا اشكال في أن السفيه ﴿ اذا حلف ﴾ مثلا على فعل شيء أو تركه مما لا يتعلق بماله المحجور عليه ﴿ انعقدت يمينه ﴾ لأنه بالغ عاقل مكلف وانما هو ممنوع في خصوص التصرف المالي ﴿و﴾ هذا ليس منه .

نعم ﴿لو حنث كفّر بالصوم﴾ كما صرّح به الفاضل و ثاني الشهيدين ،والشيخ فيما حكي عن مبسوطه من غير تردّد ولا نقل خلاف ، لأنه بمنعه من التصرف المالي كان كالعبد والفقير و نحوهما ﴿و﴾ لكن قال المصنف: ﴿فيه تردّد﴾ ولعله لوجوب الكفارة عليه حينئذ و الفرض أنه مالك ، فتخرج من ماله كغيرها من الواجبات من

(١) الوسائل الباب -٧- من ابواب الاحصار والصد الحديث -٢- .

الزكاة والخمس ومؤنة الحج والكفارة السابق سببها .

وفيه أن هذه الواجبات تثبت عليه بغير اختياره ، فلاتصرّف له في المال ، وإنما الحاكم به الله تعالى ، بخلاف ما نحن فيه مما كان سببه مستنداً إلى اختياره ، بل لو أخرج ذلك من ماله أمكن أن يجعله وسيلة إلى إذهابه ، لأن مقتضى السفه توجه صرفه على مالاينبغي ، ومن ذلك تعرف الحال في كفارة نذره وعهده وعوده في ظهاره، وافطاره في شهر رمضان ، بل قيل : و قتل الخطأ ، بل في المسالك أنه يقرب من هذا البحث الكلام في الانفاق على من استلحقه من الأنساب باقراره والله أعلم .

المسألة ﴿ السابعة ﴾ لاخلاف أيضاً ولا إشكال في أنه ﴿ لو وجب له القصاص جاز أن يعفو ﴾ على غير مال فضلاً عنه ، بناء على انه الواجب في العمد لاأحد الأمرين كما هو المعروف عندنا ، بل ظاهر المسالك الاجماع عليه ، لأنه ليس تصرّفا مالياً ، و في المسالك « أنه نبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث جعل الواجب في العمد أحد الأمرين ، القصاص أو المال ، فلايصح عفوه عنه » قلت : يمكن القول بجواز عفوه عليه أيضاً ، بعد فرض التخيير و عدم عدّ ذلك تصرفاً مالياً ، و قد تقدّم نظير ذلك في المفلس هذا .

﴿ و ﴾ قد ظهر لك من ذلك كله أنه ﴿ لو وجب له دية ﴾ أو أرش ﴿ لم يجز ﴾ له العفو ، بلاخلاف ولااشكال ، لأنه من التصرف المالي الممنوع عنه .

المسألة ﴿ الثامنة: يختبر الصّبي ﴾ لمعرفة رشده ﴿ قبل بلوغه ﴾ كماصرّح به جماعة ، بل لاأجد فيه خلافاً . بل في المسالك هذا ممالاخلاف فيه عندنا ، إنّما خالف فيه بعض العامة ، ونحوه المحكي عن المفاتيح ، بل عن ظاهر التذكرة وغاية المراد الاجماع عليه ، ولعله ظاهر كلّ من قصّر الخلاف على بعض العامة ، فتأمّل الاردبيلي فيما حكي عنه في غير محله .

نعم قد يقع الاختبار بعد البلوغ إذا اتفق عدمه قبله لعارض ، أوأن الواقع منه قبله لم يفد الرشد ، أو نحو ذلك ، فما عن كنز الفوائد - لعميد الدين - والفخر في الإيضاح ، والشهيد ، وابن المتوج من حمل ما في القواعد من الإشكال في صحة البيع

الاختباری و عدمه علی ما بعد البلوغ لواتفق ظهور السفه ، أو لم یظهر الرشد-لیس خلافاً فی المسألة عند التأمّل .

نعم قیل : قد ینافیه المرسل عن أبی جعفر عليه السلام (1) « قال فی قوله تعالی « و ابتلوا » من کان فی یده مال بعض الیتامی فلایجوز له أن یعطیه حتی یبلغ النکاح، و یحتلم ، فاذا احتلم و وجب علیه الحدود ، وإقامة الفرائض ، ولایکون مضیّعا ، ولاشارب خمر ، ولازانیاً ، فاذا آنس منه الرشد دفع إلیه المال ، و أشهد علیه ، فاذا کانوا لایعلمون أنه قد بلغ ، فلیمتحن بریح إبطه أونبت عانته . و إذا کان ذلك فقد بلغ ، فیدفع إلیه ماله إذا کان رشیدا » الحدیث .

وفیه أنه یمکن منع ظهوره فی مخالفة الأصحاب ، لاحتمال إرادة أنه إذاکان قد آنس منه الرشد بالاختبار السابق دفع الیه المال ، والامتحان بریح الابط لایقضی بارادة ذلك من الابتلاء فی الایة ، وبعد التسلیم فلیس جامعاً لشرائط الحجیّة ، وقد أعرض عنه الأصحاب ، فهو حینئذ من الشواذ خصوصاً مع مخالفته لظاهر الایة ،ضرورة ظهورها فی کون غایة الاختبار البلوغ ، قیل : لان حتی إبتدائیة ، إذ ما بعدها جملة شرطیة ، والجزاء جملة أخری شرطیة ، وهی «فان آنستم» ، فالفاء الاولی جواب الشرط الاوّل ، والثانیة جواب الثانی .

فما عن الاردبیلی - من أن ظاهر قوله « فان آنستم » إلی آخرها یدل علی دفع المال بعد ایناس الرشد بلافصل ، فلوکان الابتلاء قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ ، و هو منفی بالاجماع ، علی أن المعلوم عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ فکأنه مقید بعدم الرشد ، وعدم صدق الیتیم علی البالغ ، یدفعه أنه لایبعد صدق الیتیم علی قریب العهد بالیتم .

لایخفی علیك ما فیه ، وظهور الایة فی تسلیم المال بعد ایناس الرشد مسلم ، لولا الشرط الاخر وهو قوله « إذا بلغوا النکاح» فان المراد اختبروهم قبل البلوغ إلیه، فان

(1) المستدرك ج -٢- ص ٤٩٦ .

كان قد بلغوا وقد آنستم منهم رشداً بالاختبار السابق فادفعوا إليهم أموالهم ، ومعلومية عدم انتهاء الابتلاء بالبلوغ لايقضى بكونه بعده، بل المراد أن هذا محلّه الذى يتعقّبه تسليم المال بعد البلوغ بلافصل إذا فرض حصول الرشد منه ، وصدق اليتيم على قريب العهد مجاز لاداعي اليه ، بل قدعرفت وجود الداعي إلى خلافه ، من اتفاق الاصحاب ظاهراً كما أنك عرفت تمام الكلام في الآية في البحث عن علامات البلوغ فلاحظ .

مضافاً إلى ما في تأخير الاختبار بعد البلوغ إلى حصول الضرر بالحجر على مال البالغ ، خصوصاً إذا طال الزمان ، ولاملازمة بين ابتلائه قبل بلوغه ، وبين صحة معاملاته المعلوم اشتراطها بالبلوغ ، إذ الاختبار أعمّ من ذلك قطعاً لاحتمال حصوله بالمساومة والمماكسة خاصّة ، وبالتواطي من الولي والبايع فيماهومال الطفل ، ونحو ذلك بل يحصل الابتلاء بغير العقود ، والقول بشرعية أفعال الصّبي لامدخلية له في الصحة، إذ ذاك في العبادات ، وإذن الولي - مع أنه غير محقق لما عرفت من أعمّية الاختبار من العقد - لاتجدى في غير البالغ ، سواء كانت سابقة أولاحقة كما هوواضح .

وعلى كل حال فمما سمعت يعلم أن ما عن المبسوط و الجماعة من ذكر كيفية الابتلاء لايريدون به الخصوصيّة قطعاً ، قال في الأوّل : الايتام على قسمين ذكور و اناث ، فالذكور على ضربين ضرب يبذلون في الاسواق و يخالطون الناس بالبيع والشراء وضرب يصانون عن الاسواق فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق ويساوم في السلع ويقاول فيها ولايعقد العقد ، فإن رآه يحسن ذلك ولايغبن فيه علم أنه رشيد ، و إلاّ لم يفك عنه الحجر ، وقيل : انه يشترى له بغير أمره ويواطى البايع على بيعها من اليتيم و ينقذه الولي ليشتريها منه ، وقيل : إنه يدفع إليه شيء من المال يشترى به سلعة ، ويصحّ شراؤه للضرورة، فيجيز .

وإن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء فان اختبارهم أصعب، فيدفع الولي إليهم نفقة شهر يختبرهم فينظر ، فإن دفعوا إلى اكرتهم و غلمانهم وعمالهم ومعامليهم حقوقهم من غير تبذير، واقسطوا في النفقة على أنفسهم في مطاعمهم

ومكاسبهم سلّم إليهم المال .

وأما الاناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيأً من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهنّ ، فإن غزلن واستغزلن ونسجن واستنسجن ولم يبذّرن سلّم المال اليهن ، فإن كن بخلاف ذلك لم يسلم اليهن» وزاد بعضهم أنه لابد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن ، ليعلم الاتّصاف بالملكة ، ولعله مراد المبسوط أيضاً ، إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصية ، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد ذلك، ومن هنا لا ينبغي مناقشة في ذلك ، ولا في ذكر الغزل والاستغزال للاُناث ، مع أن ذلك غير واجب في الرشد ، وبنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن .

وبالجملة البحث في ذلك ليس وظيفة الفقيه ، ولذا خلت عنه النصوص و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح ، قال في القواعد : « ويعلم باختباره بما يناسبه من التصرفات ، فإن عرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة إن كان تاجراً أو المحافظة على مايتكسب به ، و الملازمة إن كان صانعاً و أشباه ذلك في الذكر و الاستغزال والاستنساج في الانثى إن كانت و أشباهه حكم بالرشد ، » إلى غير ذلك من عباراتهم التي ربما يوهم بعض مافيها ذلك، لكن التأمل الصادق قاض بارادة ما ذكرنا ، وقد سمعت فيما تقدم عبارة المصنّف فتأمّل جيّداً ، وأما ما حكاه من القول بصحة بيعه للضرورة والأمر بالابتلاء ، فمع انك قد عرفت مافيه ولم تتحققه لأحد من أصحابنا عدا مايحكى عن التحرير من الحكم بها .

نعم قد يظهر من قول المصنف ﴿ وهل يصحّ بيعه ؟ الأشبه أنه لا يصح ﴾ بيعه نوع تأمّل فيه . بل قيل : إن الحكم بهاهنا أولى منها في مطلق بيع المميّز الذي أفتى به بعضهم ، وتردّد فيه الفاضل في القواعد ، و من هنا حل ما فيها في المقام من قوله بعد العبارة السابقة التي حكيناها عنه « و في صحة العقد حينئذ إشكال » على ذلك ، فيكون وجه الاشكال حينئذ معلومية اشتراط البلوغ في الصحة ، و الضرورة مع الامر بالابتلاء ، و كونه أولى من المميّز ، لكن جماعة قد استبعدوا الاشكال في ذلك ، على وجه لم يرجح ، فحملوا العبارة على ما بعد البلوغ ، فظن بعض الناس أن

ذلك حينئذ خلاف من العلامة ، و منهم في محل الاختبار ، و أنه عندهم بعد البلوغ، و قد عرفت عدم ذلك عندنا ، و إنما هو لبعض العامة .

والتحقيق ماذكرناه سابقاً من أنه لو حملت على مابعد البلوغ يمكن أن لا يكون خلافاً ، بل يكون وجهه حينئذ فيما لو اتفق وقوع الاختبار بعد البلوغ لعارض من العوارض التي قدّمناها سابقاً ، ويكون الاشكال حينئذ فيما لو صادف التصرف ظهور سفهه أو عدم ظهور رشده ، فقد يقال بالصحة حينئذ لاصالتها ، وإطلاق الادلة ، والأمر بالابتلاء ، والاضطرار إلى الاختبار ، ولأن الفرض وقوع الاختبار باذن الولي ،فتكون عقوده حينئذ مصاحبة للاذن ، و لغير ذلك ، و قد يقال : بالفساد ، لمعلومية اشتراط الرشد في البيع والعلم بانتفائه بل الشك فيه كاشف عن تزلزل العقد السابق ، و إن كان قد وقع مع الجهل بالحال .

نعم لو صادف الرشد واقعاً اتّجه الصحة ، ولاطلاق مادلّ على بطلان معاملة السفيه المنصرف إلى الواقع ، بل عن الشهيد أن الاقوال في الفرض ثلاثة : الصحة مطلقا لأمر الشارع بذلك، والبطلان مطلقا ، لاعتبار الرشد ، والثالث إن ظهر الرشد ظهرت الصحة ، و إن ظهر السفه ظهر البطلان .

قلت : قد عرفت وجه الثالث بل والاوّل الذي هو قوي بناء على حصول الاذن من الولي في ذلك ، و إن كان للاختبار ، أما الثاني فهو واضح الفساد ، و كيف كان فحمل العبارة على ذلك ممكن وإن كان بعيداً ؛ بل ربّما نوقش فيما سمعته من وجوه الاشكال ، و أنه يتعيّن الصحة حينئذ للاذن من الولي ، والامر سهل بعد ان اتضح لك تحقيق الحال، والله هو العالم .

كتاب الضمان

﴿ الضمان ﴾ الذي هوعندنا على مااعترف به غير واحد منّا مشتق من الضمن لأنه ينقل ما كان في ذمّته من المال ، ويجعله في ضمن ذمّة أخرى ، أو لأن ذمـة الضامن تتضمن الحق ، فالنون فيه أصلية .

خلافاً لما عن أكثر العامة من أنه غير ناقل ، و إنّما يفيد اشتراك الذمتين ، فاشتقاقه من الضم ، والنون فيه زائدة ، لانه حينئذ ضمّ ذمة إلى ذمّة ، فيتخيّر المضمون له في المطالبة .

و فيه ما لايخفى من منافاة وجود النون في جميع تصاريفه ، الابدعوى اشتقاق ما فيه النون من الخالي عنها ، و هو كما ترى .

ومن صعوبة تحققه في نحو ضمان النفس ، وظهور قوله ﷺ [1] «الزعيم غارم» في اختصاص الغرم به ، ولغير ذلك ممّا هو في مذهب الخصم ، بعد الغض عن عدم تصوّر شغل ذمّتين فصاعداً بمال واحد ، وقد بينّا أن المشغول به في تعاقب الأيدى على المغصوب ذمّة واحدة ، و هو من تلف في يده المال مثلاً ، وإن جاز له الرجوع على كل واحد ، وإلاّ فهو مناف للمقطوع به من مذهبنا .

وأما الثمرات على القولين فهي واضحة: منها صحّة الدور فيه على مذهبنا ـ كأن يضمن الأصيل ضامنه أو ضامن ضامنه ، دون مذهبهم ـ والتسلسل كأن يضمن أجنبي الضامن وهكذا لتحقق الشرايط عندنا ، فيرجع حينئذ كل ضامن مع الاذن بما أداه على الذي ضمن عنه ، لا على الاصيل ، وفي الأول يسقط الضمان ، ويرجع الحق كما كان.

نعم يترتب عليه أحكامه كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له في فسخه ، والرجوع إلى المضمون عنه الذي صار ضامنا ، ولا خلاف في شيء من ذلك بيننا ، إلا مايحكى عن المبسوط من منع الاول لاستلزامه صيرورة الفرع

(١) المستدرك ج -٢- ص ٤٨٩ .

أصلاً ، وبالعكس ، ولعدم الفائدة ، ورد بأن الاول غير صالح للمانعية ، والثاني بذلك و بما سمعته من الفائدة .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ هو ﴾ بالمعنى الأعم الشامل له بالمعنى الأخص والحوالة والكفالة ولو على جهة المجاز ﴿ عقد شرع للتعهد بمال أو نفس ﴾ او اثر العقد او غيرهما على حسب ما عرفت البحث فيه في كتاب البيع ﴿ والتعهد بالمال قد يكون ممن عليه للمضمون عنه مال ، و قد لايكون : فهنا ثلاثة أقسام ﴾ .

التعهد بالنفس ، و هو الكفالة ، والتعهد بالمال ممن ليس عليه ، و هو الضمان بالمعنى الأخص الذي يدخل فيه ضمان الأعيان بناء عليه ، و ممن عليه له مال ، وهو الحوالة ، ولكن سيأتي صحة الحوالة على البرىء ، إلّا أن هذا التقسيم جارعلى محل الوفاق ، أوباعتبار هذا القسم من الحوالة ، وكون القسم المشترك ذاجهتين بحيث يصح تسميته ضماناً خاصاً وحوالة ، يسهل معه الخطب .

و على كل حال فـ ﴿ القسم الاول : في ضمان المال ممن ليس عليه للمضمون عنه مال ، و هو المسمى بالضمان بقول مطلق ﴾ الذى هوالمعنى الحقيقي المتبادرعند الاطلاق ، و ما تقدم سابقاً من تقسيم الضمان إلى الثلاثة لا ينافي ذلك ، إذ يمكن أن يكون بحسب المعنى المجازى بالعارض ، وإن كان هو في الاصل المعنى الحقيقى ، إلّا أنه قد يهجر أو أنه على جهة الاشتراك اللفظي بين المعنى العام والخاص ، والاشتهار أحد قرائن تعيين الثاني عند الاطلاق ، أو أنه باق على الاشتراك المعنوى ، إلاّ أن الاشتهار قرينة على إرادة تعيين الأخص عند الاطلاق .

لكن في المسالك «أن الحوالة والكفالة فردان حقيقة بالنسبة إلى مطلق الضمان و إن كانا مجازين بالنسبة اليه بالمعنى الاخص ، نحو ما قيل في تقسيم مطلق الماء إلى المضاف والمطلق ، و إن كان الاول مجازاً بالنسبة إلى الماء المطلق » .

وفيه ما لايخفى إن لم يرجع إلى ماذكرنا من منافاته للاصطلاح ، وكونه فرداً حقيقياً للمعنى المجازى لايقتضي اطلاقه عليه حقيقة كما هو واضح ، ومطلق الضمان إنما هو مفهوم لالفظ خاص ، إذ الكلام في لفظ الضمان عند الاطلاق ، ولعله لذا قال

بعد ذكر ما سمعت « وفيه بحث » .

﴿ و ﴾ على كل حال ﴿ فيه بحوث ثلاثة ﴾ إذ البحث في الصيغة و في اعتبار لفظ خاص فيها وعدمه قد تقدم في الكتب السابقة ، ويأتي إنشاءالله تعالى بعض الكلام فيه .

﴿الاوّل: في الضامن ولابد أن يكون : مكلفاً ﴾ لما مّر غير مرّة من سلب عبارة غيره في أمثال المقام ، بل لابد أن يكون مع ذلك ﴿ جائز التصرف ﴾ الشامل للمقام وحينئذ ﴿ فـ ﴾ لاإشكال في أنه ﴿ لايصحّ ضمان الصبي ولاالمجنون ﴾ ولو مع إذن الولي .

﴿ ولو ضمن المملوك لم يصحّ إلا بإذن مولاه ﴾ وفاقاً لجماعة . منهم الشيخ ، والفاضل في بعض كتبه ، والشهيد ، والكركي على ما حكي عن بعضهم لالما ذكر في جملة من الكتب مما لاحاصل له بل لمافي الآية[1] من «عدم قدرته على شيء» المستدلّ بها على ما قيل في كثير من النصوص على منعه من تصرف غير المال ، فضلاً عنه ، فيعلم منها ـ مضافاً إلى ظهور اللفظ في نفسه ـ عدم اختصاص النفي بالمال ، بل يكون ذلك هو الأصل فيه إلا ماخرج . وما ثبت في ذمته قهراً من عوض الإتلاف ونحوه لاينافي ذلك ، ضرورة عدم كون ذلك من قدرته ، و إنما هو من جعل الشارع ، ولا أقلّ من الشك لذلك في تناول العمومات لمثله ، فيبقى أصل بقاء الحق على حاله .

خلافاً للمحكي عن التذكرة ، والمختلف ، فيصح للعمومات السالمة عن معارضة الملكية المقتضية للمنع من التصرف المنافي لحق المولى ، ضرورة أنه على الصحة يتبع به بعد العتق ، و هو غير مناف لشيء من حقوق السيّد .

وفيه : أن نفي القدرة على شيء أعمّ من ذلك نعم إذا أذن له مولاه صحّ عندنا في محكي المبسوط ، بل قولاً واحداً في محكي التذكرة ، للعمومات بعد معلومية وجود الذمة له القابلة لذلك ، بدليل ثبوت عوض ماأتلفه من المال فيها ، إنما الكلام

---

(١) سورة النحل الاية -٧٥- .

في تعلق ذلك مع الاطلاق بكسبه ، كما عن أحد قولي الشافعية ، بل أرسل القول به في جملة من كتب أصحابنا ، و إن كنّا لم نتحققه ، أو في ذمّته ويتبع به بعد العتق كما هو مقتضى قول المصنّف .

﴿ويثبت ماضمنه في ذمّته ، لافي كسبه إلاّ أن يشترطه في الضمان باذن مولاه﴾ بل هو خيرة الفاضل في جملة من كتبه ، والشهيد في اللمعة ، أو يكون على المولى كما لو أذن له في استدانة لمصالح نفسه ، إذ الضمان قسم منها ،كما عن أبي علي ، بل مال إليه في جامع المقاصد والمسالك ، بل زاد الاوّل منهم أنه اذا كان السيّد معلناً، بيع العبد وأدى ثمنه في كفالته عن المعسر ، مع أن العبد لايباع في الدين ، أو يتعلق برقبته ذمّته كأرش الجناية كما عن بعض الشافعية ، بل في المحكي عن نسختين من التحرير ذلك إلا ان الظاهر إرادة ذمّته منها ، لعدم الدليل على ذلك ، بعد حرمة القياس عندنا ، ومعلومية كون الضمان نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة كما أنه لايخفى عليك مافي سابقه ، ضرورة كون البحث في الاذن من السيد بالضمان ، على أن يكون الدين في ذمّة العبد ، لأنه وكيل عنه في ذلك أو كالوكيل ، على أنّه فرق واضح بين اطلاق الاذن في المقام ، و بينه في الاستدانة المقتضية ملك العين المستدانة ، على أن يملك صاحبها مثلها أو قيمتها في ذمة المستدين ، والعبد لاقابلية له لذلك ، لما حررّناه من عدم ملكه لشيء ، فلاوجه لاطلاق الاستدانة ، إلاعلى السيد بخلاف المقام الذي لاملك فيه ، فما في المختلف و غيره - من بناء الحكم هنا على الحكم هناك الذي لم يخالف في كونه على المولى إلاّ النادر - في غير محله قطعاً ، فليس الشك حينئذ إلا في القولين الاولين ، والاوّل منهما وإن كان لم نعرف القائل به من الاصحاب إلا أنه لايخلو من قوّة ، إن كان المراد به عدم جواز منع السيد له إذا اراد وفاء ذلك من كسبه ، باعتبار حصول الاذن منه في اثبات ذلك في ذمّته ، فيتعلق به حينئذ خطاب وفاء الدين ، كما أنه يتعلق به خطاب مطالبة الدّيان .

إما لاستفادة الاذن عرفاً في ذلك من الاذن في الضمان ، أو لترجيح أدلة وفاء الدين والمطالبة به على ما دل على تسلّط السيّد على عبده باعتبار حصول الاذن منه

المقتضية زوال الحجر عنه ، و صيرورته بها كالحر المعسر مثلا الذي يجب عليه التكسب في وفاء دينه ، أو لايمنع من ذلك لو أراده .

ومن ذلك يظهر لك مافي جملة من الكلمات المذكورة في المسالك و غيرها ، حتى ما ذكر دليلا للمصنّف من أن الاذن في الضمان أعم من الاذن في الوفاء من كسبه الذي هو أحد أموال السيد ، بل أقصاها صيرورة ذمة العبد قابلة لثبوت ذلك فيها ، إذ هوجيد مع تصريح المولى بذلك ، أمامع الاطلاق فالمفهوم عرفاً تبعية خطاب الوفاء والمطالبة لهاعلى الوجه الذي سمعته ، بل قديستأنس له في الجملة بثبوت الكفارة عليه بالاذن له في الاحرام ، و حرمة قطع الصلاة عليه بالاذن له بالدخول فيها ، و نحو ذلك مما يتبعه الحكم الشرعي بعد الاذن من السيد في موضوعه و عنوانه ، هذا كله مع الاطلاق ، أما مع الاشتراط فلا إشكال بين من تعرض لذلك في صحته حينئذ و تعلقه و يكون كما لوشرط الضمان من مال بعينه الذي أشار إليه المصنّف بقوله .

﴿ وكذا لو شرط أن يكون الضمان من مال معين ﴾ وإن كان لا يخفى عليك الفرق بين الموضوعين ، ضرورة كون الثاني اشتراط كون الضمان في مال معين من أموال الضامن ، وستسمع تحقيق الحال ، بخلاف المقام ، فان الكسب ليس من أموال العبد ، والفرض أن الضمان في ذمته فهو حينئذ نحو الضمان في مال الغير باذن الغير وقديستشكل في صحته ، اللهم الا أن يجعل كارهان مال الغير باذنه ، على أن الكسب ليس مالا موجوداً في الخارج ، وانما هو متجدد آناً فآناً ، ويمكن عدم حصوله اصلا ، فالاوجه حينئذ جعل هذا الشرط على ارادة الاذن من السيد في وفاء ما ضمنه من كسبه ، ورفع الحجر عنه في ذلك ، وحينئذ فلو اعتق العبد قبل إمكان تجددشيء من الكسب لم يكن اشكال في بقاء الحق عليه ، فيجب عليه أداؤه من كسبه ، أومن غيره من المال الذي يحصل له ، لكن في المسالك « هل يبقى التعلق به بعد العتق أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال ، لانصراف الاطلاق إلى الكسب الذي هو ملك المولى ، و قد فات ، الظاهر من كلامهم الاول ، فان ذلك هو معنى : فاذا أعتق صار كسبه وما في يده سواء ، ومع ذلك لايسمى في اصطلاح الشرع كسباً ، وإن أطلق

عليه لغة ، لكن يشكل على هذا صحة اشتراطه في كسبه حال عبوديته ، لأن السّيد لاحق له فيه ، فلامدخل لإذنه فيه ، والعبد لم يكن حين الضمان يقدرعلى شيء ، أللهم إلا أن يقال : بصحة ضمانه بغير اذن سيده كمامر ، فهنا أولى » .

قلت : ما استظهره من كلامهم كذلك ، و هودليل على إرادة ماذكرناه من الشرط المزبور ، لأنه من قبيل الضمان في مال بعينه وإلاّ لاتجه فيه ماتسمعه من الكلام في ذلك .

ثم قال: «ويتفرع على ذلك مالومات العبد قبل إمكان الأداء ، فهل يلزم المولى الاداء لما بقي يحتمله ، لان إذنه له في الضمان في كسبه كإذنه في الضمان في مال بعينه من أمواله ، فاذا تلف المال يعود الضمان إلى ذمّة صاحب المال على الخلاف ، ولوقلنا بعدم عوده اليه فلااشكال ، ويحتمل عدم لزومه للمولى، وإن قلنابه ثمة ، لأن الكسب ليس كمحض مال السيد ، بل حق له ، ولهذا قيل : لوأعتق بقي متعلقاً بكسب المعتق فدلّ على أنه لم يتعلق بالمولى محضاً ، وليس في كلام الاصحاب هنا ما يدلّ على شيء و إن كان الأوجه ابتناؤه على مسألة تعيين الأداء من مال بعينه » .

و هو من غرائب الكلام ، إذ المفروض أن العبد هو الضامن ، لا المولى ، فأيّ وجه لاحتمال عود الضمان إلى المولى بموت العبد، نعم يتوجه ضياع المال على صاحبه إلاّ إذا أرادبه استيفاءه من الحقوق نحو الضامن المعسر كما هوواضح ، ولو فرض المقام على وجه يكون كاشتراط الضمان من مال بعينه ، لم يكن بدّ من اجراء ماتسمعه فيه، ولامعنى حينئذ لدعوى ظهور كلامهم في بقاء التعلق مع العتق .

وأما الكلام في اشتراط الضمان في مال بعينه فلا أجد خلافاً في صحته ، لعموم[1] « المؤمنون » و غيره ويتعلق حق الدين المضمون به .

لكن في المسالك وغيرها: هل هو تعلق الدين بالرهن ؟ أو تعلق الأرش بالجاني ؟ وجهان مأخذهما أن الضمان ناقل للدين إلى ذمة الضامن ، لأن موضعه إنما هو الذّمة وتخصيص هذا المال أفاد انحصار المطالبة الآن فيه ، لأن مقتضى الضمان ابتداء التعلق بها ، وأن الضامن لم يشغل ذمته على الاطلاق ، وإنّما حصر الاستحقاق في المال المعين ،

(١) الوسائل الباب ـ٢٠ـ من ابواب المهور الحديث ـ٣ـ .

وجعله متعلق حق المضمون له ، فينحصر حقه فيه ابتداء ، من غير تعلق بالذمّة .

ويظهر الفائدة في أمور منها : التلف بغير تفريط ، فعلى الأوّل : ينتقل إلى ذمة الضامن ، لأن تلف الرهن لايسقط الحق ، وعلى الثاني : إلى ذمّة المضمون عنه ، لأن فوات العبد الجاني انما يسقط الحق عن مالكه ، و مالك المال هنا هو الضامن، فيسقط عنه .

و امّا المضمون عنه فانتقال المال عن ذمته ليس انتقالاً تاماً ، لأنه لم يتعلق بذمّته ، وإنما تعلق بمال تعلقاً ضعيفاً ، فإذا مات عاد إلى ماكان ، مع احتمال السقوط عنهما في الموضعين على التقديرين ، أما عن الضامن فلأنه لم يقدم على الضمان إلاّ في ذلك المال ، ولم يلتزم الاداء من غيره ، عملاً بالشرط و قد فات فيبطل الضمان و يعود إلى ذمة المضمون عنه ، و أما احتمال سقوطه عن المضمون عنه على تقدير تعلقه كالجاني، فلأن الضمان لما كان ناقلاً برءت ذمّة المضمون عنه بالضمان كيف كان ، فلم يبق للمضمون له عليه حقّ ، ولا الضامن إلاّ بما أدّى ، ولم يحصل .

لكن لايخفى عليك ما في أصل الاحتمال الثاني ، ضرورة عدم صلاحية الضمان لإثبات مثل هذا التعلّق بعدأن كان هو نقل الدين من ذمّة إلى أخرى ، وكذلك الشرط الذي هو بمعنى الالزام ، وعلى تقديره فلاوجه لاحتمال عوده إلى ذمة المضمون عنه ، بعد انتقاله عنها إلى المال المخصوص ، و إنّما المتّجه أن يقال : إن هذا الشرط إما أن يكون من المضمون له ، أو الضامن ، أو منهما ، فان كان الأوّل تخيّر مع تلفه في فسخ الضمان ، والعود إلى المضمون عنه وعدمه ، والزام الضامن الأداء من غيره ، وإن كان الثاني تخيّر الضامن ، و إن كان الثالث تخير كل منهما على قاعدة فوات الشرط في غير هذا العقد من العقود اللازمة ، إذ هو بناء على ماذكرناه من عدم مشروعيته بالمعنى المزبور لامعنى له لاشتراط الاداء من المال المخصوص ، ويمكن رجوع ماعن التذكرة من الرجوع على الضامن مع التلف مطلقاً إلى ما قلناه بناء على عدم اختياره الفسخ ، كما أن ما عن الشهيد في بعض فتاواه من اختيار بطلان الضمان كذلك ، على معنى اختياره الفسخ ، بل هو أولى مما في المسالك ـ من أنه « يمكن دفع المنافاة بين

تعلق الذمّة والمال المعيّن مع الحكم بالبطلان على تقدير تلفه . بأن يجعل التعلق بالذمّة مشروطاً بالاداء من المال عملاً بمقتضى الشرط أو يجعل هذا تعلقاً برأسه خارجاً عن التعلقين ، إذ لا دليل على الانحصار فيهما ، وإنما هو من مناسبات الشافعية وحينئذ فيجعل التعلق مخصوصاً بالعين وفاء بالشرط ، فإن التزام المال من غير المعين لم يتعلق به قصد الضامن ، ولا دلّ عليه لفظ » إذ هو كما ترى ، بعد ما ذكرنا ، مضافاً إلى معلومية أن تعذر الشرط في العقود اللازمة إنما يقتضي انتفاء اللزوم لا الصحّة ، وإلاّ كان تعليقاً كما هو محرّر في محلّه ، فالتحقيق ما ذكرناه ، ولا ينافيه دعوى عدم قابلية عقد الضمان للخيار كالنكاح والوقف ، ونحوهما ، إذ هي مجرد دعوى لا سند لها ، بل مقتضى العمومات خلافها .

وبذلك كله ظهر لك وجه النظر فيما ذكرناه من كلامه ومن تبعه ، بل و فيما لم نذكره فلاحظ وتأمّل وحينئذ فلا ريب في اكمال الضامن مع نقصان المال الذي تعلق الضمان به ، كما أنه لا ريب في كونه المطالب بتحويله إلى جنس الحق ، لما عرفت من كون المال في ذمّته ، وهو المخاطب بأدائه من هذا المال .

ومن الغريب احتمال عدم ضمانه النقصان ، كاحتمال براءة ذمة الضامن والمضمون عنه بتعذر المال المشترط فيه الضمان المتقدّم سابقاً ، إذ هما منافيان للأصول والضوابط ثم لا يخفى عليك أن اقتصار المصنّف على المملوك في التفريع على ما ذكره من جواز التصرف مشعر بجواز الضمان من المفلّس بل والسفيه ، و أنهما ليسا ممنوعين منه ، بل هما جائزا التصرف بالنسبة اليه ، وهو كذلك في المفلّس ، وإن كان لا يشارك المضمون له الغرماء .

أما السفيه فقد أطلق غير واحد عدم جواز ضمانه ، لانه تصرف مالي كالاقتراض والهبة ، و هو كذلك لكن ربما احتمل الجواز برضى المضمون له على ان يتبعه بعد فك الحجر ، لكنه كما ترى ، ضرورة أنه مع الحجر عليه لا تقبل ذمّته ذلك على وجه يكون من ديونه ، بحيث يتعلق بتركته بعد موته مثلاً ، وإلاّ لجاز بيعه كذلك كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لايشترط علمه ﴾ أى الضامن ﴿ بـ ﴾ اسم ﴿ المضمون له ﴾ و نسبه ﴿ ولا المضمون عنه ﴾ كذلك كما في الخلاف والغنية، والتحرير، والارشاد، والمختلف، وجامع المقاصد، والمسالك، والروضة، والكفاية، والمفاتيح، والرياض على ما حكي عن بعضها، بل نسبه بعضهم إلى الاكثر، بل في محكي التذكرة لو ضمن الضامن عمن لايعرفه صح ضمانه عند علمائنا.

﴿ و قيل ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه و تبعه المقداد في المحكي عن تنقيحه ﴿ يشترط ﴾ علمه بذلك، لحصول المعاملة بين الضامن وبينه، فافتقر الى معرفته للحاجة، وللغرر والضرر بدون ذلك، ولينظر هل يستحق ذلك عليه أولا، ولأنه احسان ولا بد من معرفة محلّه، وإلاّ لجاز وضعه في غير أهله فلا يستفيد إلاّ محمدة اللئام.

﴿ و ﴾ لاريب في أن ﴿ الأوّل أشبه ﴾ باصول المذهب و قواعده التي منها العمومات السالمة عن معارضة مايقتضي ذلك، ضرورة عدم اقتضاء المعاملة بينهما المعرفة المزبورة، كالبيع، والاجارة، وغيرهما، ولا نهي عن الغرر المزبور الذي قد أقدم عليه الضامن، والنظر فى استحقاق ذلك لو سلّمنا اعتباره، لايقتضي اعتبار المعرفة المزبورة على أنه يمكن معلوميته بدونها، والاخير لايستأهل جوابا، كل ذلك مضافاً إلى المنقول من ضمان أمير المؤمنين عليه السلام [1] الدرهمين عن ميّت امتنع رسول الله صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه، وضمان قتادة [2] الدينارين عن آخر كذلك.

﴿ لكن لابدّ أن يمتاز المضمون عنه عند الضامن بمايصح معه القصد إلى الضمان عنه ﴾ بلا خلاف و لا اشكال، ضرورة عدم العبرة بالقصد إلى ضمان المبهم المتردد في الواقع، لعدم الدليل عليه، بل ظاهر الادلة خلافه، بل لعله من المقطوع به إلاّ أنه أشكله في المسالك بمنع توقف القصد على ذلك، فإن المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي يذكره المضمون له مثلا في الذمة، وذلك غير متوقف على معرفة من عليه الدين، فالدليل إنّما دل على اعتبار القصد في العقد، لافيمن كان عليه

(١) (٢) الوسائل الباب -٣- من ابواب احكام الضمان الحديث - ٢ - ٣ -.

الدين ، فلو قال لشخص مثلاً إنّي أستحق في ذمّة شخص مأة درهم فقال له آخر : ضمنتها لك كان قاصداً إلى عقد الضمان ، عن أي من كان عليه الدين ، ولا دليل على اعتبار مازاد عن ذلك .

وفيه : انك قد عرفت بكون المراد الامتياز عند الضامن على وجه لايكون مبهما بحيث لايصح معه القصد إلى الضمان ، كما لو قال : ضمنت لك أحد دينيك مثلاً ، فلا يرد المثال الذي ذكره ، لأنه من الممتاز على وجه يصح للضامن قصده ، و إن لم يكن معلوماً له بعينه .

نعم لو أراد الضامن الضمان عمن هو متشخص عنده لم يكتف بذلك قطعا ، وإلى ماذكرنا يرجع ما عن التذكرة حيث قال : «وهل يشترط معرفة ما يميزه عن غيره ، الاقرب العدم ، بل لو قال : ضمنت لك الدين الذي لك على من كان من الناس جاز ، نعم لا بد من معرفة المضمون عنه بوصف يميزه عند الضامن بما يمكن معه القصد إلى الضمان عنه ، لولم يقصد الضمان عن أي من كان» .

فمن الغريب مافي المسالك من دعوى موافقة هذا الكلام من التذكرة لما اختاره لا لما ذكره المصنف وهو عند التأمل الصادق عين ما في المتن .

و اغرب من ذلك ما وقع من بعضهم من أنه بناء على اعتبار القبول لفظاً -كما عليه الاكثر وإن لم يصرحوا به ، لمكان تصريحهم بأنه عقد لازم- اقتضى ذلك تمييزه لا ازيد من ذلك ، وإن لم نعتبره كما يدل عليه واقعة الميّت المديون[1] الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلوة عليه حتى ضمنه علي عليه السلام لم يعتبر علمه بوجه ، و هذا هو الظاهر من عبارة المصنف حيث اعتبر رضاه ولم يعتبر فيه عقداً ولا قبولاً مخصوصاً ، ولا امتيازه هنا مع اعتباره امتياز المضمون عنه ، إذ لايخفى عليك أنه لا إشكال في اعتبار القبول فيه ، لأنه لا إشكال في كونه من العقود ، ولكن ذلك لايقتضي المعرفة المزبورة فيصح حينئذ ضمانه له وإن لم يشخصه ، وإن حصل القبول منه .

---

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب احكام الضمان الحديث -٢- .

نعم لابد من الامتياز الذى ذكرناه المقابل بالابهام ، ولعل اقتصار المصنّف على ذكره في المضمون عنه للاكتفاء عنه في المضمون له بذكره سابقاً أنه من العقود ، ولا ريب في اقتضائها ذلك قطعاً في أركانها التي منها المضمون له ، وبما يذكره الآن من اعتبار رضاه المحتمل، أوالمظنون ، أو المقطوع إرادة القبول منه المتوقف على التمييز المزبور قطعاً .

بل لا بد فيه من نظم العقد حينئذ بالاتصال والعربية بل والماضوية والصراحة الوضعيّة ، بناء على اعتبارهما و غير ذلك مما يعتبر في العقد اللازم ، وإن كان الذي قدمناه سابقاً التوسعة عندنا لفظاً ايجابه و قبوله ، و أنه يكفي كل مادل على ذلك على حسب غيره من الخطابات ، من غير فرق بين الحقيقة والمجاز والماضوية و غيرها و قد اشبعنا الكلام فيه و المقام احد أفراده و بذلك كله بان الكلام في جميع أطراف المسألة و إن ذكر في الرياض أن فيها أقوالا أربعة :

وفي اعتبار العلم بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب،كما عن المبسوط أو بما يتميزان به عن الغير خاصة كما في اللمعة أو العدم مطلقا كما عن الخلاف ، وفي الغنيه وهو ظاهر العبارة، وصريح الشرايع والفاضل فيما عدا المختلف والمسالك والروضة ، أو يعتبر معرفة الأول بما يتميز خاصة دون الثاني كما في المختلف - أقوال أربعة أجودها ثالثها .

لكن لايخفى عليك مافيه ، بل و ما في مختاره بعدالاحاطة بما ذكرناه ، كما أنه لايخفى ما في حكايته عن المختلف بعد ملاحظة آخر كلامه ، بل ولا ما في تحريره الخلاف المزبور على الوجه المذكور ، بل لولا شهرة حكاية الخلاف عن المبسوط لأمكن حمله بقرينة تعليله على إرادة معلومية الحق ، وهو غير ما نحن فيه .

❁ و ❁ كيف كان فلا إشكال بناء على ماعرفت في أنه ❁ يشترط رضا المضمون له ❁ في صحة الضمان ، بل لا خلاف معتد به أجده فيه ، بل في محكي التحرير والغنيّة الاجماع عليه ، وهو الحجة بعد الاصول المقتصر في الخروج عنهما على الضمان

برضا المضمون له ، وصحيح ابن سنان[1] عن الصادق عليه السلام « في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء ؟ فقال : إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميّت »و في الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام [2] « وإن كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته ، وقبلت ضمانه فالميّت قد برأ ، وقدلزم الضامن ردّه »مضافاً إلى ما في انتقال الدين من ذمّة المديون إلى اُخرى بدون رضى الديان من الفساد، وضياع حقوق الناس المعلوم ضرورة من الشريعة خلافه ، و إلى ما يشعر به ما تسمعه من خبر عبدالله بن الحسن [3] و غير ذلك ، فما عساه يظهر مما عن الخلاف ــ من أن اعتبار رضاه أولى من الخلاف في ذلك ــ واضح الفساد .

و أغرب من ذلك الاحتجاج له بضمان أمير المؤمنين عليه السلام [4] و أبي قتادة [5] الدين عن الميّت ، ولم يسأل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له ــ الذي هو بعد الغض عن سند روايته ــ لادلالة فيه على ذلك ، بل لعله دال على خلافه ، ضرورة اشتماله على وقوع الضمان الذي هو عبارة عن الايجاب والقبول من المضمون له ، والايجاب وحده ليس بضمان ، فلاحاجة حينئذ الى الجواب بأنها واقعة لاعموم فيها ، وبأن ذلك إنما يدل على عدم البطلان قبل علمه وردّه ، و نحن نقول بموجبه ، لأنه صحيح ، ولكن لايلزم إلاّ برضى المضمون له ، وبأن النبي صلى الله عليه وآله قد قبل ، لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، وبحصول إذن الفحوى من المضمون له ، وبغير ذلك ممالايخفى عليك ما فيه بعد معلومية امتناع النبي صلى الله عليه وآله عن الصلاة عليه من جهة شغل ذمته ، و أنها برءت بالضمان ، فصلّى والضمان الفضولي لايفيده براءة فعلية ، و أن ولاية النبي صلى الله عليه وآله في غير قبول العقود ، و الفحوى لاتكفي في تحقق البرائة فعلاً فالتحقيق حينئذ في الجواب ما عرفت .

(١) الوسائل الباب ــ١٤ــ من ابواب الدين والقرض الحديث ــ١ــ .
(٢) المستدرك ج ــ٢ــ ص ٤٩١ .
(٣) الوسائل الباب ــ٥ــ من ابواب احكام الضمان الحديث ــ١ــ .
(٤) (٥) الوسائل الباب ــ٣ــ من ابواب احكام الضمان الحديث ــ٢ــ٣ــ .

وأغرب من ذلك الاستدلال له بموثق اسحاق بن عمار [1] عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه: علي دينك؟ قال: يبرؤه ذلك وإن لم يوفه وليه من بعده، وقال: أرجو أن لا يأثم وإنما اثمه على الذي يحبسه» الذي هو مطلق محمول على المقيد، وبموثق الحسن بن الجهم [2] «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولداً رجالاً ونساءً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال: انت في حل مما لإخوتي وأخواتي وأنا ضامن لرضاهم عنك، قال تكون في سعة من ذلك وحل، قلت: وإن لم يعطهم قال: ذلك كان في عنقه، قلت: فان رجع الورثة علي فقالوا: أعطنا حقنا فقال: لهم ذلك في الحكم الظاهر، فأما بينك وبين الله فأنت في حل منها إذا كان الرجل أحلك يضمن رضاهم، قلت: فما تقول في الصبي، لأمه أن تحلل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه وتعطيه، قلت: فان لم يكن لها مال قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول أنه يجوز تحليلها، فقال: إنما أعنى بذلك إذا كان لها مال».

وصحيح حبيب الخثعمي [3] عن أبي عبدالله عليه السلام «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير إذن صاحبه؟ قال: لا يأخذ إلا أن يكون له وفاء قال: قلت: أرأيت إن وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم».

الذي لا يخفى عليك مخالفة ظاهر الأول للاجماع، باعتبار اشتماله على الابراء من دون إذنهم، وإنما ضمن رضاهم، وهو ليس من الضمان المصطلح، وتأويله بالضمان من دون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم، ولكن لا بينة له على ذلك، فكان في الحكم الظاهر لهم مطالبته مع إنكارهم لذلك.

---

(١) الوسائل الباب -١٤- من ابواب الدين والقرض الحديث -٢-.

(٢) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام الضمان الحديث -١- باختلاف يسير.

(٣) الوسائل الباب -٨- من أبواب أحكام الوديعة - الحديث ١ -.

وأما الثاني فليس دالاً إلاّ على جواز الأخذ من الوديعة إذا لم يكن له مال، وكان قد تعهّد له شخص بوفاء ذلك عنه ، ولاريب أنه خارج عما نحن فيه ، و محمول على إذن المودع بذلك .

فمن الغريب وسوسة بعض متأخرى المتأخرين في الحكم المزبور لذلك ، مماهو غير صالح لمعارضة بعض ماعرفت ، خصوصاً بعد كون المسألة من قطعيات الفقه وضرورياته، بل لعلّ الوسوسة فيها جهل بمذاق الفنّ و مذاق الشرع ، بل قد عرفت أنه لابد من رضى المضمون له بعنوان القبول الذي يتم به العقد ، لماعرفت من المفروغية عن كون الضمان عقداً محتاجاً إلى الايجاب والقبول ، بل لابد فيهما من جميع ما هو معتبر في العقود اللازمة من الاتصال والعربية وغيرهما .

نعم يقوى عندنا فيه و في غيره من العقود اللازمة عدم اعتبار لفظ مخصوص و لاهيئة مخصوصة ، بل كلّما أفاد إنشاء ذلك ولو بالجملة الاسمية ، أو بالمجاز أو نحو ذلك ، كما أوضحناه في البيع وغيره .

ومنه يعلم حينئذ تحقق عقد الضمان بنحو «عليّ دين زيد» أوعندي أو نحوهما مما يقصد به انشاء التعهد بذلك ، وقرنه القبول من المضمون له ، فما عن الايضاح والمقدس الاردبيلي ـ من اعتبار الرضا دون القبول العقـدي ، لأنه التزام أو إعانـة للمضمون عنه ، وتوثيق للمضمون له ، وليس هوعلى قواعد المعاملات ـ واضح الضعف كقول العلامة في القواعد «وفي اشتراط قبوله احتمال» إذ الجميع كماترى ، ضرورة عدم منافاة التوثيق ﴿ و ﴾ نحوه للعقديّة ، إذ هو حينئذ كالرهن ، بل أولى لما فيه من انتقال المال من ذمة إلى ذمة أخرى ، على أن الاصل عدم ترتب شيء عليه ، إذالم يكن بصورة العقد .

نعم ﴿ لاعبرة برضا المضمون عنه ﴾ بلاخلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ﴿لأن الضمان كالقضاء﴾ للدين المعلوم عدم اعتبار الرضا فيه ، ولاطلاق الادلة وعمومها ، وللمسمعته من واقعة ضمان أمير المؤمنين عليه‌السلام ﴿ و ﴾ غيره عن الميّت ، بل ﴿ لو أنكر ﴾ وأبى ﴿ بعد الضمان لم يبطل ، على الأصح﴾ للاصل وغيره من الأدلة

التي سمعتها ، خلافاً لما في النهاية قال: « ومتى تبرّع الضامن من غير مسألة المضمون عنه ، وقبل المضمون له فقد برأ المضمون عنه ، إلاّ أن ينكر ذلك ويأباه ، فيبطل ضمان المتبرع ، ويكون الحق على أصله لم ينتقل عنه بالضمان » .

وربما تبعه عليه غيره ، لكن لم نجد له دليلاً ، بل ظاهر الأدلة خلافه ، و أنه لاعبرة برضاه ، ولاردّه وإباؤه مانع ، سواء كان ذلك قبل الضمان أو بعده ، ومما سمعته من النهاية يعلم إرادة ما فسرناه من الانكار في عبارة المتن ، لاجحود ضمان الضامن الذي قد يفرض اعترافه بالضمان ، على أنه لاوجه لاحتمال بطلان الضمان بذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ مع تحقق الضمان ﴾ الجامع لشرائط الصحة ﴿ ينتقل المال إلى ذمّة الضامن ويبرأ المضمون عنه و﴾ حينئذ ﴿ تسقط المطالبة ﴾ من المضمون له ﴿ عنه ﴾ لعدم الحق له في ذمّته ، بلاخلاف في شيء من ذلك عندنا ولا إشكال ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل لعلّه من ضروريات الفقة .

نعم قد عرفت مخالفة الجمهور - في ذلك ، باعتبار أن الضمان عندهم ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى وبطلانه ، ﴿ و ﴾ حينئذ فـ﴿ لو أبرأ المضمون له المضمون عنه لم يبرأ الضامن ﴾ من هذه الحيثية ﴿ على قول مشهور لنا ﴾ بل مجمع عليه بيننا ، ضرورة عدم المحلّ للبراءة المزبورة بعدما عرفت من براءة ذمته بالضمان عندنا ، وإنما محلها حينئذ ذمّة الضامن ، فإذا أبرأه برءا معاً ، و إن كان الضمان بالاذن ، لعدم استحقاق الرجوع عليه إلاّ بالأداء الذي قد انتفى محلّه بالابراء ، فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براءة ذمّته من المضمون له .

نعم قد يقال باستفادة براءة ذمّة الضامن من براءة ذمة المضمون عنه ، وإن لم يكن لها محلّ ، باعتبار ظهور ذلك في إرادة رفع اليدّ عمن هو عليه ، وإن كان متعلقها المضمون عنه ، إلاّ أن ذلك لو سلّم فهو خروج عمّا نحن فيه ، ضرورة كون المراد من الحيثية المزبورة ، لامن حيث دعوى دلالة العرف على إرادة البراءة للضامن أيضاً ، مع أنها واضحة المنع على مدّعيها مع عدم القرائن ، و كل ذلك تفريع على مذهبنا .

أما على مذهب الجمهور فلا إشكال في صحة البراءة المزبورة ، لأن الحق باق

عندهم . بل المحكي عنهم ان براءة ذمة الضامن لايقتضي براءة ذمة المضمون عنه ، بخلاف العكس ، لأنها من قبيل الوثيقة عند الديان ، فتلفها لايقتضي سقوط الحق بخلاف براءة ذمة المضمون عنه فانها تقتضي براءة ذمة الضامن التي هي وثيقة على ذمة المضمون عنه ، المفروض براءتها ، فتفك حينئذ الوثيقة ، وهي كما ترى قياس واستحسان وتحدس لايوافق أصول الشريعة و قواعدها ، ولعل قول المصنف على قول مشهور لنا إشارة إلى ما ذكرناه من الاحتمال ، لالوجود خلاف في المسالة ، إذ قد عرفت أنها من قطعيات فقه الشيعة أو ضرورياته .

﴿ و ﴾ كيف كان فلاخلاف عندنا في أنه ﴿يشترط فيه﴾ أي في لزوم الضمان ﴿الملاءة أو العلم﴾ من المضمون له ﴿ بالاعسار ﴾ والرضا به ، بل عن ظاهر الغنية الاجماع ، والسرائر نسبته إلى أصحابنا وجامع المقاصد ظاهرهم أن هذا الحكم موضع وفاق، ولعل ذلك مضافاً إلى قاعدة الضرر ، وبناء الضمان على الارتفاق ، و إرادة الاداء و ما عساه يشعر به ذيل خبر ابن الجهم [1] المتقدم ، وماتسمعه من النصوص [2] في الحوالة الدالة على ذلك ، وهي أخت الضمان - دليل الحكم المزبور ، وحينئذ فاذا كان الضامن ملياً أو معلوم الاعسار عند المضمون له لزم بالضمان بلاخلاف ولا إشكال.

﴿ أما لو ضمن ثم بان إعساره ، كان للمضمون له فسخ الضمان ، و العود على المضمون عنه ﴾ قيل: وليس هو كالبيع إلى أجل مثلاً فبان إعساره ، للفرق الواضح بينهما بالنسبة إلى الأداء ، لكن ذلك إذا كان معسراً حال الضمان ، أما إذ اتجدد فلاخيار لأصالة اللزوم ، بل قد يقوى عدم الخيار أيضاً لو كان معسراً حال الضمان ولم يعلم به حتى تجدد يساره ، للأصل أيضاً ، ولا ينافي الخيار المزبور سبق رضى المضمون له لضمانه حال عدم العلم باعساره ، كما أنه لافرق في ثبوته بين اعسار المضمون عنه، وعدمه ، لاطلاق الفتوى المقتضي أيضاً عدم الخيار مع الملاءة وإن لم يكن وفياً بل ظاهرهم عدم ثبوته بغير ذلك من وجوه الضرر ، أو تعسر الاستيفاء ، ولكنه لايخلو من

(١) الوسائل الباب -٤- من أبواب أحكام الضمان الحديث -١- .

(٢) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الضمان .

نظر ، بل ظاهرهم أن الإعسار كاف في ثبوت الخيار المزبور وإن كان الضمان مؤجلا و أن اليسار حين الضمان كاف في لزومه و إن أعسر عند الأجل .

كل ذلك مع عدم العلم به كما عرفت ، وإلا فمع العلم به أو الرضا به على كل حال فلا إشكال ، [١] « و قد احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه وطالبوه بدين لهم ، فقال لهم : لامال عندي فأعطيكم ، ولكن ارضوا بمن شئتم من ابني عمي ، علي بن الحسين عليهما السلام أوعبدالله بن جعفر ، فقال الغرماء : عبدالله بن جعفر ملي مطول ، وعلي بن الحسين عليهما السلام رجل لامال له صدوق وهو أحبهما إلينا ، فارسل إليه فأخبره الخبر ، فقال أضمن لكم المال الى غلّة ولم تكن له غلّة فقال القوم : قد رضينا وضمنه فلما أتت الغلّة أتاح الله له المال فأداه » ثم إن هذا الخيار على الفور أو التراخي ؟ وجهان ذكرناهما في نظائره ، وقلنا : إن الأصل يقتضي الثاني منهما كما اعترف به غير واحد .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿الضمان المؤجل﴾ للدين الحال ﴿جائز﴾ بلاخلاف أجده كما اعترف به بعضهم بل ﴿اجماعاً﴾ كما في المسالك و محكي التنقيح و إيضاح النافع ، وغيرها ، للعمومات السالمة عن المعارض ، إذهو تأجيل للدين ، لاتعليق للضمان إلى الأجل ، واحتمال كون الضمان نقل الدين على ماهو عليه بحيث لا يختلف في حلول وتأجيل لاقائل به ، ولاشاهد عليه ، بل مقتضى العمومات خلافه .

نعم هل يكون هذا الأجل للدين ، أو هو أجل للضمان ؟ و تظهر الثمرة فيما لو أدى الضامن من قبل الأجل، فإنه لا يستحق الرجوع على الأول ، بخلاف الثاني الذي لا يخلو من قوة ، بل هو صريح المسالك و غيرها في المسائل الآتية ، و أما ضمانه للدين المؤجل بأزيد من أجله أو مساويه أوأنقص فلا أجد فيه خلافاً محققاً كذلك، بل ظاهر المتن أنه من معقد الاجماع عليه، بل يمكن دعوى الاجماع عليه، بل عن فخر الاسلام أن ضمان المؤجل بمثل أجله يصح إجماعاً وعن الشيخ وايضاح النافع أن ضمان المؤجل بأزيد من أجله يصح اجماعاً مضافاً إلى انه مقتضى العمومات أيضاً .

(١) الوسائل الباب -٥- ابواب من أحكام الضمان الحديث -١- .

نعم ربما ظهر من تعليل المنع في المسألة الآتية المنع في المساوى ، باعتبار عدم الارفاق فيه ، كما أنه يستفادالمنع فيما لوكان الأجل أنقص مما تسمعه من تعليل فخرالاسلام والكركي المنع في بعض الصور الآتية ، بأنه ضمان مالم يجب ، إلا أن الجميع ستعرف ضعفه ، علىأنهلامعنى لاثبات الخلاف منأمثال هذه التعليلات بالتي تذكر دليلا للمخالف من غيره ، ومنه يعلم الجواز حينئذ في جميع صور المقام من غير فرق بين الضمان بالإذن والتبرع .

﴿ وفي ﴾ الضمان ﴿ الحال ، تردّد ﴾ وخلاف ، ففي محكي المقنعة والنهاية لا يصح ضمان نفس أو مال إلاّ بأجل ، و في محكي الوسيلة إنما يصح الضمان بتعيين أجل المال وعدّ في محكي الغنية من شروط صحته أن يكون إلى أجل معلوم ، ثمعد شرطين آخرين ، وادعى الاجماع .

وظاهر هذه العبارات اعتبار الأجل فيالضمان على نحو اعتباره في السلم ، وهو الذىاشار اليه فيالمتن بقوله تردّد، ولكن ﴿ أظهره الجواز ﴾ وفاقاً لغيرمن عرفت من الأصحاب ، حتى من الشيخ في المحكي عن المبسوط ، للعمومات السالمة عن معارضة مايقتضى اعتبار الأجل فيه كالسّلم ، واجماع الغنية- بناء على شموله للفرض مع عدم الشاهد له ، ومصير من عرفت من الأصحاب إلى خلافه - يضعف الظن به .

بل في محكي السرائر «وقد يوجد فيبعض الكتب لأصحابنا ، ولا يصحّ ضمان مال ولا نفس إلا بأجل ، والمراد بذلك إذا اتفقا على التأخير والأجل فلا بد منذلك ولا يصح إلاّ بأجل محروس فأما إذا اتفقا على التعجيل فيصح الضمان من دون أجل، وكذا إذا أطلقا العقد ، وإلى هذا القول ذهب شيخنا في مبسوطه ، و هو حق اليقين ، لأنه لايمنع منه مانع ، ومن ادعى خلافه يحتاج إلى دليل ولم نجده .

و مقتضى ذلك خروج المسألة عن الخلاف ، إذ هو منحصر فيما سمعت من العبارات المحتمل فيها ذلك ، مؤيداً بعدم العثور على دليل يدل على اعتبار الأجل فيه ، نحو اعتباره في التسليم ، وحينئذ يكون وجه الخلاف فيالمسالةاعتبار الأجل في الضمان و عدمه ، وهذا هوالظاهر من العبارة من غير مدخلية لحلول الدين و أجله ،

فالمؤجل حينئذ جايز اجماعاً ـ من هذه الجهة ، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً ، و سواء اتفقا في الأجل أو اختلفا ، والحال فيه خلاف ، سواء كان الدين ، حالاً أو مؤجلاً .

فمن الغريب ما في المسالك حيث أنه بعد أن ذكر الصور الاثناعشر المتصورة في المقام التي هي الضمان حالا و مؤجلاً ، عن حال و مؤجل متساوين في الأجل أو متفاوتين ، فهذه ستة ، وهي إما أن تكون عن تبرع أو سؤال المضمون عنه ، فيكون اثناعشر ، قال : و كلها جايز على الأقوى ، إلاّ أن موضع الخلاف فيها غير محرر ، إذ قد عرفت تحريره على الوجه المزبور، و أن التعليل للمنع بالارفاق في المختلف وغيره لا ينبغي أن يتصيّد منه خلاف في المسألة .

نعم في ضمان المؤجل حالاً أو أنقص من أجله خلاف من بعض المتأخرين كالفخر ، والكركي ، بل تستمع التردد فيه من المصنف في المسألة الثامنة ، لأنه ضمان مالم يجب ، ولأن الفرع لا يرجح على الأصل ، ولأن مشروعية الضمان على نقل الدين على ماهو عليه .

و فيه أن المضمون المال و الأجل إنما هو من التوابع والحقوق ، فمع الرضا باسقاطه من الطرفين يسقط ، و يلزم سقوطه إذا كان بعقد لازم ، و هو واجب ، غايته أنه موسع وذلك لايخرجه عن أصل الوجوب، خصوصاً بعد التراضي باسقاط حق الأجل الذي هو كما يثبت للحال بعقد يسقط أيضاً عن المؤجل به ، و قاعدة عدم رجحان الفرع على أصله لا دليل عليها على وجه تجدي في المقام ، كدعوى أن مشروعية الضمان على نقل الحق بوضعه إلى ذمة الضامن ، والحلول صفة مغيرة له ، فلا يشرع فيه الضمان ، وفرق بين ضمان الحال مؤجلا و بالعكس ، لعدم تشخيص المال بالحلول الذي هو عدم الأجل بخلاف العكس ، إذ هي كما ترى لاحاصل لها ، و مرجعهما معاً إلى شرط في عقد الضمان مندرج تحت «المؤمنون»[1] و «أوفوا»[2] و غيرهما من غير

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ٤ـ
(٢) سورة المائدة الاية ـ ١ ـ

فرق بين إقتضائه تأجيل الحال وبالعكس ، و بذلك كلّه ظهر لك التحقيق في المسألة وتحرير موضع الخلاف فيها .

وأما احتمال المنع في ضمان الحال حالاً والمؤجل بمثل أجله أو أنقص الناشي من تعليل المنع للضمان الحال في المختلف بالارفاق ، فليس خلافاً في المسألة ، و على تقديره فهو واضح الضعف ، ضرورة عدم ثبوت اعتبار الارفاق فيه على وجه يقتضي ذلك ، خصوصاً بعد عدم انحصار الفائدة فيه بذلك ، كما هو واضح .

بقي الكلام في أنه لو ضمن المؤجل حالا أو أنقص باذن المضمون عنه كذلك ، أو مطلقاً فهل يكون الدين على المضمون عنه كذلك أو فرق بين الاطلاق والتصريح فيحل ما عليه بالثاني ، لا الأول ، أو لا رجوع للضامن عليه و إن أدى إلا بعد انقضاء الأجل الاصلي للدين وجوه بل أقوال فثاني الشهيدين و الفاضل في المحكي عن مختلفه ، و ظاهر تحريره بل قيل إنه الذي استقر عليه رأيه في التذكرة على الاخير منها ، لعدم المقتضي لسقوطه ، إذ الاذن للضامن بالضمان حالاً فضلا عن الاطلاق أعم من ذلك ، بل أقصاه الحلول بالنسبة إلى ذمة الضامن ، دون ما في ذمته للضامن .

وفي محكي التنقيح الاول ، لأن الضمان في حكم الأداء و متى أذن المديون لغيره في قضاء دينه معجلاً فقضاه استحق مطالبته ، ولأن الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق الرجوع على وفق الإذن ، و أما مع الاطلاق فلتناوله التعجيل الذي قد عرفت اقتضاءه ذلك .

وعن ظاهر بعض المتأخرين الثاني ، ولعله الاقوى ، ضرورة عدم اقتضاء الاذن في الاطلاق التعجيل ، فلا دلالة فيه عليه ، فيكون كالتبرع به حينئذ و لعله لذا جزم بعضهم بعدم الرجوع في الاطلاق ، و جعل الاشكال في التصريح ، بل هو المحكي عن التذكرة .

نعم لوفرض إرادة ذلك منه ولو بالقرائن اتجه حينئذ الرجوع به عليه ، لأنه كالتصريح بالنسبة إلى ذلك ، و لعله لذا جزم به في محكي الايضاح بالرجوع مع التصريح ، وجعل الإشكال في الاطلاق ، من احتمال اقتضائه الاذن في التعجيل ، وعدمه

وقدعرفت عدم اقتضائه ذلك ، كماأنك قد عرفت عدم الاشكال في الرجوع مع التصريح خصوصاً اذا ضم إليه مع ذلك الرجوع عليه فعلاً .

﴿ و ﴾ كيف كان فقد ظهر لك مما ذكرنا مكرراً أنه ﴿ لو كان المال حالا ، فضمنه مؤجلا، جاز وسقطت مطالبة المضمون عنه ، ولم يطالب الضامن إلا بعد الاجل﴾ بلا خلاف فيه عندنا ﴿ و ﴾ لا إشكال .

نعم قد عرفت أن هذا الاجل للضمان ، لا للدين فـ ﴿ لومات الضامن ، حل و اخذ من تركته ﴾ و رجع الورثة على المضمون عنه ، و كذا لو دفع الضامن معجلا باختياره ، لاسقاط حقه ، بخلاف مالو كان الدين مؤجلا عن المضمون عنه فضمنه الضامن كذلك ، فإنه بحلوله بموته مثلا لا يحل على المضمون عنه لأن الحلول عليه لايستدعي الحلول على الآخر .

﴿ولو كان الدين مؤجلا إلى أجل ، فضمنه إلى أزيد من ذلك الأجل، جاز﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لكن إن أدى قبل حلول أجل الاصل ، لم يكن له مطالبة المضمون عنه إلا بعده ، وإن أدّى بعد حلوله عليه وقبل حلول أجل نفسه ، فله المطالبة لأنه قد صار الأصل حالاً ، والفرض أداء الضامن واسقاط حق نفسه من الأجل الزائد، وكذا القول لومات وأدّى وارثه ،نعم لو قلنا بأن الأجل للضمان أجل للدين ، اتّجه حينئذ مراعاته للمضمون عنه وإن حلّ على الضامن ، أو أسقطه كما هو واضح .

﴿ و يرجع الضامن على المضمون عنه ، بما أدّاه إن ضمن باذنه ، ولو أدى بغير اذنه ﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، وفي الخبر [١] «سألته عن قول الناس الزعيم غارم ؟ فقال : ليس على الضامن غرم ، الغرم على من أكل المال» و في آخر [٢] « عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه ؟ قال : ليس له إلاّ الذي صالح

---

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب احكام الضمان الحديث -١- المستدرك ج ٢ ص ٤٩٧ وفيه قول الناس الضامن غارم .

(٢) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ -

عليه ، كل ذلك مضافاً إلى أصالة احترام مال المسلم ، و ضمانه إلاّ إذا بذله على جهة التبرع به ، والتأدية ، وإن كانت بغير اذنه ، إلا أن الضمان الذي هوسبب في وجوبها قدكان با ذنه ، بل في الحقيقة الاذن فيه إذن فيها .

﴿ ولا يرجع إذا ضمن بغير اذنه ولو ادى باذنه ﴾ بلا خلاف فيه أيضاً بل الاجماع بقسميه كذلك عليه، والخبران منزلان على ما إذا أذن نعم قد يقال بالرجوع لو أدى باذنه المصرح فيها بالرجوع عليه ، لقاعدة الاحترام المزبورة ، ولا ينافيها وقوع الضمان بغير إذنه ، فا نه لا ينافي تبرع المضمون عنه بالوفاء ، فقوله حينئذ أدّ عني و ارجع به عليّ كقوله لأجنبي أدّ عن الضامن المتبرع و ارجع به علي ، فمع فرض تأدية الضامن بعنوان امتثال أمر المضمون عنه ، و بقصد الرجوع عليه ، يتّجه حينئذ رجوعه، وإن كان أداء عن نفسه ، لكن من المتبرع به عنه ، فما عن بعض الناس من الاشكال - في الرجوع أيضاً في الصورة المزبورة التي مرجعها إلى الوعد ، لعدم دليل على الرجوع عليه بالقول المزبور - لا يخلو من نظر أو منع ، بعد ما عرفت والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلا خلاف أجده في أنه ﴿ ينعقد الضمان بكتابة الضامن ﴾ أو المضمون عنه مع عجزهما عن النطق ﴿ منضمة إلى القرينة الدالة ﴾ على قصد انشاء ذلك ﴿ لا مجردة ﴾ عن ذلك لاحتمالها حينئذ العبثية و غيرها بل ظاهر هم ذلك وإن تمكن من التوكيل ، بل الظاهر عدم الفرق بينها وبين غيرها من الاشارات المفهمة ، لعدم ما يدل على اختصاصها بذلك ، بل العمدة في الاكتفاء بها - بعد عدم الخلاف فيه - فحوى الاكتفاء باشارة الاخرس التي لافرق فيها بين الكتابة و غيرها ، وقد تقدم في البيع مايستفاد منه الاكتفاء بالكتابة مثلا مع الاكراه على السكوت ظلماً وغير ذلك فلاحظ وتأمل .

البحث ﴿الثاني في الحق المضمون﴾

﴿ و هو كل مال ثابت في الذمة ﴾ و مرجعه الى ما في القواعد من أن شرطه المالية والثبوت في الذمة وإن كان متزلزلا كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول، بل قيل : ان على الأول الإجماع ، معلوم و محكي في ظاهر الغنية و غيرها ، بل فيها و غيرها أيضاً الاجماع صريحاً على الثاني و في محكي التذكرة لو قال لغيره : مهما اعطيت فلانا فهو عليّ لم يصح اجماعاً، هذا ولكن لم أجد تصريحاً في اندراج العمل في الذمة في المال وعدمه .

نعم في اللمعة أن ضابطه ماجاز عقد الرهن عليه ، وربما يستظهر منه اندراجه فيه ، لكن عن التذكرة أن يكون مما يصح تملكه و بيعه ، وهو كالصريح في عدمه ، ولا ريب أن العمومات تشهد للأول ، بل هو من المال قطعاً لو كان منفعة دابة ، كلية مثلا أو عبد كذلك ، بل لعل جميعه من المال ، بدليل جواز جعله عوضا في البيع والنكاح والخلع و غيرها مما يعتبر فيها المال ، كما أني لم أجد من تعرض للجمع بين ذكر الشرط المزبور و التصريح بضمان الاعيان و العهدة والصّنجة وغير ذلك مما تسمعه إنشاءالله ، بل في المتن وغيره هنا ماينافي ذلك ، فإنه قال بعد ماسمعت :

﴿ سواء كان ﴾ أي المال في الذمة ﴿ مستقراً كالبيع بعد القبض و انقضاء الخيار أو معرضا للبطلان كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن ولو كان قبله ، لم يصح ضمانه عن البايع ﴾ عينا ولا عهدة ، لعدم دخوله تحت يده ، أما بعده فيصح ضمانه عن البايع عهدة لو ظهر المبيع مستحقا مثلا .

وهو كما ترى لايجامع الضابط المزبور، ضرورة عدم كون المضمون في هذا الحال مالاً في الذمّة ، بل هو من ضمان الاعيان .

نعم لو ضمن الثمن عن المشتري للبايع، كان ضمانا لمال في الذمة، بل وكذا لو ضمن عنه عهدته لو خرج مستحقاً للغير إذا كان الثمن غير معين ، وإلا بطل البيع فلاضمان حينئذ ،

بخلاف ما إذا لم يكن معيناً ، فان الضمان حينئذ صحيح ، لانه في الحقيقة لمال في الذمة ، وهو الثمن الكلي ، و كذا لو كان معيناً مثلاً و كان المضمون عن المشترى أرشه الذي هو أيضاً مال كلّي في الذمة ، و بذلك يظهر لك أنّ ضمان العهدة هو من ضمان العين أو من ضمان المال في الذّمة وليس هو شيء مستقل لكن في المسالك «ان الفرق بين ضمان العهدة و المال نفسه يظهر في اللفظ و المعنى ، أما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن «ضمنت لك الثمن الذى في ذمّة زيد» مثلاً ونحوه ، وضمان العهدة «ضمنت لك عهدته أو دركه» أو نحو ذلك ، و اما المعنى فظاهر ، إذ ضمانه نفسه يفيد انتقاله إلى ذمة الضامن ، و براءة المضمون عنه منه ، وضمان العهدة ليس كذلك ، بل إنما يفيد ضمان دركه على بعض التقديرات» ولا يخفى عليك ما فيه بعد عدم دليل مخصوص على اعتبار اللفظ المزبور ، بل ظاهر الأدلة ، خلافه .

و على كل حال ضمانه يقتضى انتقال الثمن لو كان في ذمّة المشترى إلى ذمّة الضامن ، إلا أنه لما كان في الظاهر فراغها بالدفع المزبور لم يحكم به ، فاذا تبين فساد الدفع بكونه مستحقاً للغير مثلاً حكم بمصادفة الضمان المزبور لمحله ، فيترتب عليه حكمه من الانتقال إلى ذمّة الضامن ، وفراغ ذمّة المضمون عنه ، وهذا معنى ضمان دركه ، وإلا فلا دليل على مشروعيته مستقلاً على وجه يكون غير الضمان بالمعنى المزبور كما هو واضح .

وبذلك كلّه يظهر لك ما في المتن والمسالك ، و لعل عبارة الفاضل في القواعد السابقة أحسن من عبارة المتن ، لاقتصارها على بيان صحة الضمان للمال الثابت في الذمة مستقراً أو متزلزلاً ، كالثمن في مدة الخيار ، والمهر قبل الدخول .

ولاريب في ظهور إرادة ضمانه عن المشتري للبايع ، وهو الذي ذكره الشيخ في المحكي عن مبسوطه حيث نفى الخلاف فيه ، و ظاهره بين المسلمين عن صحة ضمان الثمن في البيع بعد تسليم المبيع ، و المهر بعد الدخول ، والاجرة بعد دخول المدة ؛ وعن صحة ضمان الثمن قبل التسليم ، والاجرة قبل انقضاء الاجارة ، والمهر قبل الدخول ، قال : فهذه الحقوق لازمة غير مستقرة ، فيصح ضمانها أيضاً بلا خلاف ، و أما ضمان

العهدة فهي مسألة مستقلة ، سيذكرها المصنف في اللواحق، لامدخل لها فيما نحن فيه فلاحظ وتدبّر .

﴿و كذا﴾ يصحّ ضمان ﴿ماليس بلازم ولكن يؤول إلى اللزوم ،كمال الجعالة قبل فعل ماشرط﴾ عليه من العمل﴿وكمال السبق والرماية﴾ وفاقاً للمحكي عن المبسوط ، والتحرير ، و المختلف ، و مجمع البرهان ، والتذكرة ، إلا أنه قال : إذا شرع في العمل ، بل لعله المراد مما عن الخلاف والغنية « يصحّ ضمان مال الجعالة إذا فعل ما شرط الجعالة به » بناء على إرادة الكشف من الشرط المزبور ، بقرينة استدلالهم عليه بقوله تعالى[1] « و لمن جاء حمل بعير و أنا به زعيم » وقوله عليه السلام[2] «الزعيم غارم» ومرجع الثاني إلى العمومات التي هي العمدة ، مضافاً إلى ماعن المختلف من الاستدلال عليه بمسيس الحاجة اليه ، فجاز ضمانه وكقوله الق متاعك وعليّ ضمانه، والى ما عن التذكرة من وجود سبب الوجود و انتهاء الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدّة الخيار .

ولكن مع ذلك كله قال المصنف : ﴿ على تردد﴾ ينشامن احتمال عدم سببية عقد الجعالة لثبوت المال في الذمة ، وانما هو جزء السبب الذي هو مع العمل، فتكون الضمان حينئذ قبل تمامه ضمان مالم يجب، والآية الشريفة محمولة على ارادة التعهد العرفي لاالعقدي ، ضرورة عدم قبول مضمون له يثبت له حق في ذمة الجاعل ، أو على ارادة بيان كون الجعل منه على ذلك ، لا على الملك أو على غير ذلك .

والعمومات بعد فرض ماعرفت من كون الضمان نقل ما في ذمة إلى اخرى عندنا لايشمل المفروض الذي لم يثبت بعد في الذمة ، ولا حاجة ماسة إلى ذلك على وجه يستدل بها على مشروعيته ،كما لاسبب للوجوب قبل اتمام العمل ، وانتهاء الأمر إلى اللزوم بعد عدم الثبوت فعلاً لايجدى .

نعم قلنا ان عقد الجعالة سبب تام في الثبوت في الذمة ، و إن عرض له البطلان

---

(١) سورة يوسف الاية - ٧٢ - .

(٢) المتدرك ج ٢ ص ٤٨٩ .

بعدم إتمام العمل ، أو بالفسخ أو نحو ذلك ، اتجه حينئذ ضمانه للثبوت في الذمة حينئذ فعلاً و إن كان معرضاً للبطلان ، لأنه لاينافي صحة الضمان .

وكذا يصح لوقلنا بأن العمل من الشرائط الكاشفة، لكن بتمام العمل ينكشف صحة الضمان ، و بعدمه ينكشف بطلانه ، و لعلّ ذلك لايخلو من قوة ، وقد سمعت إمكان إرادته من الشيخ وابن زهرة، ومما ذكرنا ظهرلك أن التردد في الحكم من المصنف للتردد في أصل ثبوت مال الجعالة في الذمة لا للتردّد في صحة الضمان ، و ان لم لم نقل بثبوته فيها كما عساه يوهمه ما سمعته من المختلف والتذكرة ، والتحقيق ما عرفت في مال الجعالة ، ومثله يجرى في مال السبق والرّماية ، ويأتي انشاءالله في بابيهما تمام الكلام في ذلك ، هذا كله قبل العمل .

أما بعده فلا إشكال ولاخلاف في صحة الضمان ﴿ وهل يصح ضمان مال الكتابة قيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه : ﴿ لا ﴾ يصح ﴿ لأنه ليس بلازم ، ولا يؤول إلى اللزوم ﴾ أمّا الأوّل فلانه لايلزم العبد في الحال ، لأن للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة ، للعجز فلايلزم العبد في الحال ، وأمّا الثاني فلأنه إذا أدّاه عتق ، وإذا عتق خرج عن ان يكون مكاتباً ، فلا يتصور أن يلزم في ذمته مال الكتابة بحيث لايكون له الامتناع من ادائه ثم قال : فهذا المال لايصح ضمانه ، لأن الضمان اثبات مال في الذمة ، و التزام لأدائه ، و هوفرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يكون ذلك المال في الأصل غيرلازم ، ويكون في الفرع لازماً، فلهذا منعنا عن صحة ضمانه ، وهذا لاخلاف فيه .

﴿و﴾ لكن لايخفى عليك أنه ﴿ لو قيل بالجواز كان حسناً ﴾ وفاقاً للفاضل و ثاني الشهيدين و الكركي وغيرهم ، ﴿ لتحققه في ذمة العبد ﴾ بعقد الكتابة ولو المشروطة ، فيصح حينئذ ضمانه ﴿ كما لو ضمن عنه مالاً غير مال الكتابة ﴾ و جواز تعجيز نفسه فيعود رقّا ، لاينافي الثبوت في الذمة ، بل أقصاه عدم الإستقرار كالثمن في مدة الخيار بل أولى منه ، ضرورة أنه هنا مع الضمان عنه لينعتق ، لأنه بحكم الأداء بخلاف الثمن في مدة الخيار ، فإن ضمانه لايرفع اصل الخيار .

ومن هنا أشكل جواز الضمان في الفرض على تقدير الجواز ، لأنه يؤدى إلى اللزوم قهراً على المكاتب ، لعدم اشتراط رضي المضمون عنه في صحة الضمان ، فينافي الفرض ، من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب ، و إن كان هو كما ترى إشكال هيّن ، و إلاّ لم يجز التبرع بالأداء عنه لذلك أيضاً ، هذا .

ولايخفى عليك أن ظاهر المتن وماسمعته من عبارة المبسوط بل قيل والتحرير ، والتذكرة ، والمختلف أن محلّ النزاع الاعم من المشروطة والمطلقة ، لكن في المسالك أن محلّه الاولى ، إذلا خلاف في لزوم المطلقة و الأمر سهل بعد ما عرفت و تعرف انشاء الله في باب الكتابة على ذلك .

﴿ويصح ضمان النفقة الماضية﴾ للزوجة بلاخلاف ولا إشكال، لأنها من الديون في ذمة الزوج كما حررناه في محله ، بل صريح الشيخ أيضاً و الفاضلين و الكركى ﴿و﴾ ثاني الشهيدين و الحلي على ماحكي عن بعضهم صحة ضمان ﴿الحاضرة﴾ لها أيضاً أى ﴿الزوجة لاستقرارها﴾ وثبوتها ﴿في ذمة الزوج﴾ بصبيحة ذلك اليوم الذي أظهرت التمكين فيه ﴿دون المستقبلة﴾ التي لم يحصل سبب وجوبها الذي منه التمكين الفعلي ، و هو غير معقول في الزمان المتأخر بخلاف الحاضرة التي يظهر من أدلة النفقة الاكتفاء في وجوبها بالتمكين فعلاً في صبيحة ذلك اليوم ، و إن قلنا بسقوطها بالنشوز في أثنائه ، إلا أنه لاينافي أصل الثبوت في الذمة وهو كاف في صحة الضمان، خصوصاً بعد عدم استرداد نفقة النهار بالموت والطلاق ، وإنّما الخلاف في نفقة الليل كما حررنا ذلك كله في كتاب النكاح هنا .

و في محكي المبسوط : إنما يصح ضمان نفقة المعسر ، لانها ثابتة على كل حال ، و امّا الزيادة عليها إلى تمام نفقة الموسر فهي غير ثابتة ، لانها تسقط باعساره، وتبعه على ذلك القاضي فيما حكى عنه ، وفيه أن الاعتبار حينئذ بالزوج المضمون عنه فان كان موسراً ضمن عنه نفقة الموسر ، وإلافنفقة المعسر ، ولايسقط الزائد على نفقة المعسر باعسار الموسر بعد وجوبه .

و ربما كان ذلك من الشيخ والقاضي تفريعاً على قول اهل الخلاف من صحة

ضمان المستقبلة ، لأن المحكي عنه اشتراط تقدير المدة ، و أن يكون المضمون نفقة المعسرين ، و إن كان المضمون عنه موسراً أو متوسطاً ، لانه ربما يعسر ، فالزائد على نفقة المعسرين غير ثابت ، لأنه يسقط بالعسر ، ثم إنّ تقييد المصنف بالزوجة ظاهر في عدم صحة ضمانها للقريب ، وهو كذلك في الماضية ، لعدم ثبوتها في ذمته و إن قصر في دفعها ، لانها من خطاب المواساة الذي لايقتضى إثباتاً في الذمة .

اما الحاضرة ففي القواعد والمسالك و محكي التذكرة وغيرها صحة ضمانها ، بل لاأجد خلافاً فيه بين من تعرض لذلك ، معللين له بوجوبها بطلوع الفجر ، ولكن فيه ان هذا الوجوب لايقتضى ثبوتها في الذمة ، و إلا لوجب ايضاً بعد فوات الوقت ، لعدم الدليل حينئذ على سقوطه منها بعد ثبوته فيها ، و إنما هو خطاب مواساة وبر وصلة ، ولاشيء منها يقتضى الثبوت في الذمة من غير فرق بين الماضية والحاضرة ، ولعل تقييد المصنف بالزوجة لاخراج اصل الضمان لنفقة القريب ، من غير فرق بين الماضية والحاضرة والمستقبلة ، وقد حررنا في كتاب النكاح تحقيق الحال في ذلك فلاحظ وتأمل .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿في﴾ صحة ﴿ضمان الأعيان المضمونة﴾ بمعنى وجوب ردّها أو قيمتها أو مثلها عليه مع من في يده ﴿كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد﴾ و نحوهما ﴿تردد﴾ وخلاف ﴿والأشبه﴾ عند المصنف والفاضل في المحكى عن تحريره ، وارشاده ، ومحكى المبسوط ﴿الجواز﴾ للعمومات ، ولأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه ، و فيه أنه لاعموم يقتضى شرعية الضمان على الوجه المزبور ، حتى قوله [1] « الزعيم غارم » الذي هو ليس من اخبارنا بل هو من قول الناس الذين هم مخالفونا كما سمعته في الخبر السابق الظاهر في الانكار عليهم .

و عموم [2] « أوفوا بالعقود » انما يقتضى وجوب الوفاء بكل عقد على حسب مقتضاه ، وقد عرفت أن الضمان عندنا من النواقل ، و ان شرطه ثبوت المال في الذمة ، والأعيان المضمونة إنما يجب ردها ، وهو ليس بمال في الذمة ، والغاصب مثلاً مخاطب

(١) المستدرك ج -٢- ص ٤٩٧ .

(٢) سورة المائدة الاية -١- .

به اجماعاً ، فيكون الضمان هنا ضم ذمة إلى ذمة اخرى ، و هو ليس من أصولنا .

ومن الغريب ماعن التذكرة من أن ضمان المال ناقل عندنا ، وفي ضمان الأعيان والعهدة اشكال ، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه ، إذ هو كما ترى كالمتناقض ، هذا كله في ضمانها بالنسبة إلى ردّها .

وأما ضمان قيمتها أو مثلها فهو بعد تلفها فضمانها قبل حصول السبب ضمان مالم يجب ومن هنا كان خيرة ثاني الشهيدين والمحققين وفخر الإسلام على ماحكي عنهما عدم الجواز ، و دعوى صدق كونها ما لا قد اشتغلت ذمة من في يده بها ، واضحة الفساد ، ضرورة معلومية إرادة شغل الذمة بالردّ مادامت موجودة ، والقيمة والمثل مع التلف من هذا الاطلاق ، ومثله غير كاف في الضمان الذي هو نقل المال من ذمة إلى اخرى، كما عرفت من تعريفه ، ومن دعوى الاجماع على اشتراط أن يكون مالاً في الذمة في الحق المضمون ، لاأقل من الشك ، والاصل عدم ترتب الأثر في مثل هذا الضمان .

﴿و﴾ على كلّ حال فلااشكال ولاخلاف في أنه ﴿لو ضمن ما هو أمانة ، كالمضاربة والوديعة ، لم يصح ، لانها ليست مضمونة في الاصل﴾ أي وقت الضمان لارداً ولاعوضاً على تقدير تلفها . نعم لو طرأ لها الضمان بتعدّ أو تفريط مثلاً ففي صحة ضمانها حينئذ وعدمها البحث السابق ، وهو واضح .

كما أنه لاخلاف ﴿و﴾ لااشكال في جواز التسلسل في الضمان بناء على مذهبنا فـ ﴿ لو ضمن ضامن ثم ضمن عنه آخر وهكذا إلى عدّة ضمناء ، كان جائزاً ﴾ لتحقق شرط الضمان الذي هو ثبوت المال في الذمة ، ويرجع كل واحد منهم على من ضمن عنه ، إذا كان باذنه ، على الاصل الذي يرجع اليه الضامن الاول إذا كان باذنه ، بل ولا إشكال في جواز الدور أيضاً .

خلافاً للمحكي عن الشيخ في المبسوط ، فمنعه لصيرورة الفرع فيه اصلاً و بالعكس ، ولعدم الفائدة فيه ، إذ به يرجع الحق على ما كان ، وفيه: أن ذلك لا يصلح للمانعية ، على أن الفائدة بالاعسار ، وباختلاف الضمان بالحلول والتأجيل متحققة كما تقدم

ذلك سابقاً ﴿ ولا يشترط العلم بكميّة المال ﴾ حال الضمان (فلو ضمن مافي ذمته صح على الاشبه) باصول المذهب من العمومات و غيرها ، والاشهر بل المشهور بل عن الغنية الاجماع عليه ، بل عن كشف الرموز أنه روى الاصحاب جواز ذلك ، فلو عملنا بهذا تكون عملنا بقول الصّادق عليه السلام [1] « خذ ماشتهر بين أصحابك » ولعله أراد الروايات المطلقة في الضمان ، خصوصاً ضمان علي بن الحسين عليهما السلام [2] لدين عبدالله بن الحسن ، وضمانه [3] لدين محمد بن أسامه ، بل قيل إنهما ظاهران بل صريحان في عدم معلومية الدين ، وقدره وقت الضمان .

بل ربما استفيد أيضاً من خبر عطا [4] عن الصادق عليه السلام «قلت له : جعلت فداك إنّ عليّ ديناً إذا ذكرته فسد عليّ ما أنا فيه ، فقال : سبحان الله أوما بلغك أن رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته: من ترك ضياعاً فعلي ضياعه ، ومن ترك ديناً فعلي دينه، ومن ترك مالاً فهو لوارثه ، وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالته حيّاً وكفالته حيّاً ككفالته ميتاً ، فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك » بل ولقوله تعالى [5] « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » مضافاً إلى قوله [6] «الزعيم غارم » .

ولكن قد يناقش بعدم ثبوت الأخير من طرقنا ، بل لعل الثابت منها تكذيبه ، وبأن الآية ليست مما نحن فيه ، كما أن الخبر ليس من الضمان المصطلح ، إلاّ أنه فيما قدّمنا كفاية لاثبات المطلوب ، خصوصاً مع عدم المعارض إلاّ دعوى [7] « نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن الغرر » والثابت منه البيع أو مطلق المعاوضة و [8] «الضرر » لاحتمال كون المضمون

(١) المستدرك ج ٣ ص ١٨٥ عن الباقر عليه السلام .
(٢) الوسائل الباب -٥- من ابواب احكام الضمان الحديث -١- .
(٣) الوسائل الباب -٣- من ابواب احكام الضمان الحديث -١- .
(٤) الوسائل الباب -٩- من ابواب الدين الحديث -٥- .
(٥) سورة يوسف الاية -٧٢- .
(٦) المستدرك ج ٢ ص ٤٨٩ .
(٧) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجارة الحديث ٣ .
(٨) الوسائل الباب -١٧- من ابواب الخيار الحديث ٣و٤ .

مما لا يحتمله ، وهو قد أدخله على نفسه ، على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك ، وحينئذ فما عن الشيخ في مبسوطه و خلافه و القاضي في مهذبه ، و ابن ادريس في سرائره من عدم الجواز واضح الضعف ، هذا .

ولكن في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها «أن الصحة فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك ، كقوله أنا ضامن للدين الذي لك عليه ، أما ما لا يمكن فيه العلم كضمنت لك شيئاً مما في ذمته فلا يصح قولاً واحداً ، لصدق الشيء على القليل والكثير ، واحتمال لزوم أقل ما يتناوله الشيء كالاقرار يندفع بانه ليس هو المضمون وإن كان بعض أفراده» وهو جيد إن كان المراد عدم امكان العلم في الواقع ، للابهام و نحوه كما عساه يؤمي اليه قوله «يندفع» إلى آخره ؟ و إلا كان محلاً للنظر ، ضرورة أن مقتضى الأدلة التي ذكرناها عدم الفرق بين الجميع ، فيصح ضمان ما في الذمة عن ميت أوحي و ان كان لا يمكن العلم به في الظاهر ، إلا أنه في الواقع متشخص كما هو واضح .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿يلزمه﴾ مع وقوع الضمان على الوجه المزبور ﴿ما تقوم به البينة ، أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان لا﴾ ما يتجدد ولا ﴿ما يوجد في كتاب﴾ مما هو ليس طريقاً مثبتاً لما في الذمة ﴿ولا﴾ ﴿ما﴾ ﴿يقر به المضمون عنه﴾ بعد الضمان الذي يكون اقراراً في حق الغير ، خلافاً للمحكي عن أبي الصلاح وأبي المكارم ولعلهما يريدان ما أقر به سابقاً قبل الضمان ﴿ ولا ما يحلف عليه المضمون له برد اليمين ﴾ الذي هو كالاقرار ، أو كالبينة في حق المتخاصمين لا مطلقا ، أو أصل برأسه كذلك أيضاً ، خلافاً للمحكي عن المقنعة ، فالزمه به ، ويمكن أن يريد ما عن النهاية والقاضي من أنه إذا كان الرد برضى الضامن ، « قال : فإن حلف أى المضمون له على ما يدعيه واختار هو ذلك وجب عليه الخروج منه ، لصيرورة الخصومة حينئذ معه أيضاً ، فيكون اليمين حجة في حقه » .

و في المسالك « بناء على كون اليمين المردودة كالبينة ، يتجه وجوب الأداء عليه ، لعدم الفرق فيها بين كون الخصم الضامن ، أو المضمون عنه ، لأن الحق يثبت بها مطلقا ، بخلاف الاقرار » و فيه : أن حكم البينة كذلك ، إلا أن الكلام في كونه

مثلها في ذلك كما هو واضح ، هذا كلّه إذا ضمن ما في ذمته .

﴿أما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ، لانه لايعلم ثبوته في الذمة﴾ كما في القواعد و محكي التحرير و الأرشاد و المختلف حكماً و تعليلاً ، و كذا المبسوط والسرائر ، بل هو المحكي عن المفيد والتقي ، و فسّر في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأنه لما علم اشتراط صحة الضمان بثبوت الدين في الذمة حاله ، فضمانه حينئذ بالصيغة المزبورة شامل لما إذا كان كذلك ، ولما يتجدد فلايصح ، إذ لايدل على ضمان المتقدم ، لان العام لايدلّ على الخاص .

قال : «فعلى هذا لو صرح بقوله مايشهد عليه أنه كان ثابتاً في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة ، كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما تقوم به البينة أنه كان ثابتاً ، وحينئذ فتعليل المصنف لايخلو من قصور ، لاقتضائه أنه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود به كان في الذمة وقت الضمان صح ، والحال أن مثل ذلك لايصح ، لعدم وقوع حقيقة الضمان موقعها كما قدعرفت ، فلابد من تنزيل التعليل على عدم العلم بارادة الثابت من الصيغة » .

وفيه : أن المتجه ـ مع فرض إرادة العموم من الصيغة لاقتضاء لفظ «ما» ذلك ـ الصحة في الثابت بها ﴿وقت الضمان﴾ والبطلان في المتجدّد لاالفساد في الجميع ، مضافاً إلى اباء ظاهر جميع العبارات المشتملة على التعليل المزبور ما ذكراه من التفسير المزبور الذي قد اعترفاهما أيضاً بذلك ، وان ما ذكراه فيه تنزيل وتخريج .

ولعل الأولى تفسير ذلك با رادة بيان عدم صحة ضمان مايثبت بالبينة من حيث كونه كذلك ، لأنه حينئذ من ضمان مالم يجب ، ضرورة عدم جعل عنوان الضمان ، ما في ذمته والبينة طريق لمعرفته ، بل كان العنوان ما يثبت بها ، و الفرض وقوعه قبل ثبوته بها .

ومن هنا أردف التعليل المزبور في المختلف بقوله : فلايصح ، لأنه ضمان مالم يجب ، ولاريب في أن مراده أن الثبوت بها قبل حصوله ليس ثبوتاً حال الضمان ، وإن كان مضمون الشهادة الاشتغال حال الضمان ، لكن ثبوت ذلك الذى هو عنوان

الضمان إنما هو حال الشهادة المفروض سبق الضمان لها .

وكذا لو جعل عنوان الضمان مايقرّ به المضمون عنه ، أو مايحكم بـه الحاكم أو نحو ذلك ممّا هو بعد لم يحصل، وحينئذ يتجه هذه العبارات ولايحتاج إلى التخريج المزبور الذي قد عرفت فساده في نفسه .

وكان السبب الداعي للمصنف وغيره في ذكر الحكم المزبور أولا : هو الفرق بين جعل العنوان للضمان ما في الذمة ثم يتعرف بالبينة ،وبين جعله مايثبت بها ، وثانياً: التعريض بخلاف الشيخ في المحكي من نهايته حيث قال : «ولو قال : أنا أضمن مايثبت لك عليه إن لم آت به في وقت كذا ، ثم لم يحضره وجب عليه ما قامت به البينة للمضمون عنه ، وهو الذي حكاه في محكي المبسوط عن قوم من أصحابنا ، وقال : إني لم أعرف به نصّاً .

واعترضه في السرائر بأنه إذا لم يعرف به نصاً كيف أورده في نهايته ، ثم إنه أساء الادب ، ولكن انتصر الله تعالى له على لسان الفاضل في المختلف ، فردّ ذلك عليه ثم قال : لاشك في عدم تحصيل هذا الرجل .

وعلى كل حال فمراد المصنف وغيره ، التعريض بما سمعته من النهاية ، ولكن المحكي عنها أن ذلك موجود في بعض نسخها ، والا فالأصل «ما ثبت لك عليه » بالفعل ولاشك حينئذ في صحته ، ضرورة كونه ضماناً للثابت بها ، لابما يثبت بها ، بل يمكن أن يريد الشيخ من نسخة يثبت ضمان ما في الذمة الذي طريق معرفته الثبوت بها ، وإن كان خلاف ظاهر العبارة ، وقد ظهر لك مما ذكرنا الكلام في جميع اطراف المسألة والحمد لله رب العالمين .

البحث الثالث فى اللواحق

وفيه مسائل الأولى: اذا ضمن ضامن للمشترى بالمعنى الأخص (عهدة الثمن) التى هى ضمان بالمعنى الاعم ، أي الثمن الذى هو في عهدة البايع له (لزمه دركه في كل موضع يثبت فيه بطلان البيع من رأس) بظهور استحقاق المبيع مع عدم إجازة البيع ، أو قبض الثمن أي مع عدم اجازة قبض الثمن وإن اجاز البيع فيه ، أو فقد شرط من شروط الصحة أو نحو ذلك ، بلاخلاف أجده فيه في الأول ، بل في محكي التذكرة وكذا مجمع البرهان نسبته إلى إطباق الناس عليه في جميع الأعصار ، و في المسالك « ظاهرهم الاطباق عليه » .

كما أن صريح غير واحد عدم الفرق بين الاول والثانى ، بل هو من معقد ماسمعته من المسالك ، و عن جامع المقاصد إطباق الناس على ضمان العهدة ، وحينئذ إن تم ذلك يكون هذا الفرد بقسميه خارجاً عن بحث ضمان الاعيان ، وإن كان هو منها .

(أما لو تجدد الفسخ بالتقايل) أو الخيار (أو تلف المبيع قبل القبض ، لم يلزم الضامن ورجع) المشترى (على البايع) لما عرفت من اعتبار ثبوت الحق وقت الضمان في صحته ، من غير فرق بين ضمان العهدة و غيره ، ولاريب في حصوله مع قبض البايع له في الأول ، بخلاف الثاني الذي هو فسخ متجدد ، فضمانه به حينئذ من ضمان مالم يجب ، بل ظاهر المسالك ذلك حتى لو قلنا أن التلف قبل القبض موجب للفسخ من الاصل لامن حينه ، فانه بعد أن حكى عن العلامة بناء ما نحن فيه على كون التلف فاسخاً من الحين أو الاصل ، فيندرج في ضمان العهدة على الثاني دون الاول .

قال: «وفيه نظر ، لانه حكم لاحق للضمان ، فان المبيع حالته كان ملكاً للمشترى ظاهراً ، وفي نفس الامر ، فلايتناول الضمان الثمن ، لانه لم يكن لازماً للبايع مطلقا ، وإنما التلف الطاري كان سبباً في حكم الله بعود الملك الي صاحبه من أصله » وإن كان

هو كما ترى مرجعه إلى التناقض ، ضرورة اقتضائه كون المال في آن واحد ملكا للشخص وليس ملكا له ، بل ملك لآخر ، ونظير هذا وإن احتملناه في اجازة الفضولي ، إلاّ أنه قلنا بكونه ملكاً لشخص ، وبحكم الملك لآخر ، فإنه لايمتنع الوضع من الشارع و التسبب كذلك ، ويمكن تنزيل كلام الشهيد على هذا.

ولكن يبقى المطالبة بدليله أولا ، ومناف لفرضه ثانيا ، إذ من أحكام الملك ضمانه على من في يده ، فيتجه كلام العلامة حينئذ ، و من ذلك يعلم إرادة المصنف و غيره ممن ترك التقييد بالقبض ماصرح به الاكثر من التقييد به ، ضرورة عدم دخوله في عهدة البايع الذي هو المضمون عنه إلابقبضه .

اللهم إلاّ أن يقال بكفاية السبب الذى هو العقد حينه وإن تعقب القبض الضمان نحو ما تسمعه من احتمال الضمان بالفسخ بعيب سابق، وضمان درك مايحدث من بناء وغرس لكن ضعف الاحتمال المزبور يبعد حمل الاطلاق المذكور على ذلك ، خصوصاً من المصنف المصرّح بخلاف الاحتمال المزبور في المسألتين والله العالم .

﴿ وكذا ﴾ لايدخل في ضمان العهدة ﴿ لو فسخ المشتري بعيب ﴾ لاحق للضمان كما لو وقع قبل القبض ، أو في الثلاثة قولا واحدا كما في المسالك وغيرها ، بل و ﴿ سابق ﴾ وفاقاً للمشهور ، لأن الفسخ به إنما ابطل العقد من حينه لامن أصله ، فلم يكن حالة الضمان مضموناً ، بل لو صرّح بضمانه كان فاسداً ، لأنه ضمان ما لم يجب ، فما في القواعد ومحكي التذكرة من الاشكال فيه ــ مما عرفت ، ومن وجود سبب الفسخ حال البيع، بل عن فخر المحققين الجزم بالدخول فيه للحاجة ــ واضح الضعف ، ولعلّه لذا استقرب عدم اندراجه بعد أسطر من الاشكال، بل جزم به بعد ذلك .

﴿ أما لو طالب بالارش رجع على الضامن ﴾ كما في القواعد وغيرها ﴿ لان استحقاقه ثابت عند العقد ﴾ فيتحقق شرط الضمان ، بل هو أولى من غيره ، لان الارش جزء من الثمن باق في ذمة المشترى ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ بل عن التحرير الجزم بالعدم لان الاستحقاق له إنما حصل له بعد العلم بالعيب ، واختيار أخذ الارش والعيب

الموجود حالة العقد لم يقتض تعيين الارش ، بل التخيير بينه وبين الرد ، فلم يتعين الارش الا باختياره .

ولو قيل - إنه أحد الفردين الثابتين على وجه التخيير ، فيكون كافراد الواجب المخير ، حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره ، فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره - ففي المسالك « لزم مثله في الثمن ، لانه قسيمه في ذلك » وفيه : أن الرد غير الثمن ، و إن ترتب عليه استحقاق الثمن الذي لم يجب الا بالفسخ ، بخلاف الارش الثابت بالاصل ، لكونه عوض جزء فائت ، و إن كان للمشتري ارتفاق آخر ، و هو الفسخ والرجوع الى الثمن ، و دعوى - عدم ثبوته إلا مع العلم والمطالبة به حتى أنه لو لم يعلم أو لم يطالب لم تشتغل ذمة البايع بشيء - مخالفة لظاهر الادلة ، وقد تقدم الكلام في ذلك في محله فلاحظ وتأمل .

المسألة ﴿ الثانية ﴾ قد عرفت انه ﴿ إذا خرج المبيع ﴾ جميعه ﴿ مستحقاً رجع ﴾ المشتري ﴿ على الضامن ، أما لو خرج بعضه ﴾ مستحقاً ﴿ رجع على الضامن بما قابل المستحق ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿ وكان في الباقي بالخيار ﴾ لتبعض الصفقة ﴿ فان فسخ رجع بما قابله على البايع خاصة ﴾ وفاقاً للمشهور لعدم اندراجه في ضمان الضامن بل لا يصح ضمانه له لو صرح به ، لانه من ضمان مالم يجب ، خلافاً للمحكى عن الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع ، لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ، و فيه : أن ذلك لا يقتضي دخوله في عهدة البايع له حتى يصح ضمانه عنه كما عرفت الحال في المشبه به فضلاً عن المشبه و هو واضح .

المسألة ﴿ الثالثة : اذا ضمن ضامن للمشتري درك ما يحدثه من بناء أو غرس ﴾ مثلاً في الارض المشتراة لو خرجت مستحقة و قلع المالك بناءه و غرسه ، أي تفاوت ما بين قيمته ثابتاً و مقلوعاً ﴿ لم يصح لانه ضمان ما لم يجب ﴾ حال الضمان ضرورة عدم استحقاقه ذلك على البايع قبل البناء والغرس ، بل ولا بعده ، وإنما يستحقه عليه بعد القلع ، نعم سبب ذلك وهو استحقاق الارض موجود حال الضمان لكن قد عرفت

أن الاصح عدم الاكتفاء بذلك ، خلافاً للشهيد في اللمعة فجوّزه لذلك وللحاجة إليه ﴿و﴾ كأنه مال اليه أوقال به في الروضة .

بل ﴿قيل﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط والفاضل وولده وثاني المحققين والشهيدين و﴿كذا﴾ لايجوز ﴿لوضمنه البايع﴾ له فضلاً عن الاجنبي لأن ثبوت ذلك عليه بحكم الشرع لووقع ، لايقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال الضمان ، لكن في القواعد إشكال ، وعن التذكرة أنّه قرّب الصّحة ، وقال : « تمنع كون المضمون عنه غير واجب » .

﴿و﴾ في المتن ﴿الوجه الجواز لانه لازم بنفس العقد﴾ إلا أنه نظر فيه في المسالك بأنه لا يلزم من ضمانه لكونه بايعاً مسلطاً له على الانتفاع مجاناً ، ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان ، فعدم الصحة أقوى ، وقد تبع بذلك المحقق الثاني ، حيث أنه أنكر على اشكال الفاضل في القواعد ، بأنه إن كان في ثبوت ذلك على البايع ، فلا وجه له ، لان ذلك واجب ، وإن كان في اقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلاوجه له ، أيضاً لانه ضمان مالم يجب بعد .

و إلى هذا أشار في المسالك بقوله « فالخلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع أم لا ، فإنه ثابت بغير اشكال ، بل في ثبوته بسبب الضمان ، وتظهر الفائدة فيما لوأسقط المشترى عنه حق الرجوع بسبب البيع ، يبقى له الرجوع عليه بسبب الضمان لوقلنا بصحته ، كما لوكان له خياران فأسقط أحدهما ، فإنه يفسخ بالخيار الآخر إن شاء ، و فيما لوكان قد شرط على البايع ضماناً بوجه صحيح ، فإن صححنا هذا كفى في الوفاء بالشرط ، وان لم يحصل للمشترى نفع جديد ، فقد ظهر انّ هذا الضمان قديفيد فائدة أخرى غير التأكيد لوقلنا بصحته ، و به يظهر ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتاً ، ضمن أم لم يضمن ، لان هذه الفوائد الاخر لم تكن ثابتة لولم يضمن » .

قلت : يمكن ارادة المصنف بما ذكره من أن الوجه الجواز ، اشتراط ضمان

ذلك على البايع في عقد البيع ، تعريضاً بما وقع في محكي المبسوط الذي اشار اليه المصنف بلفظ القيل ، من أنه إن شرطا ذلك في نفس البيع بطل البيع ، بل قد عثرنا على نسختين من الشرائع « وقيل وكذا لوضمنه البايع ، ولو شرطه في نفس العقد » والوجه حينئذ فيما ذكره المصنف واضح ، لان المشروط لازم للبايع بنفس العقد ، فلا مانع من اشتراطه ليترتب عليه ما ذكره في المسالك من الفائدة الاولى ، ولاتقدح جهالته بعد ان كان لازماً له ، نحو ما قيل في اشتراط خيار المجلس ، وإن كان لايخلو من بحث عندنا .

وعلى كل حال فالمراد ذلك ، لا الضمان المصطلح ، إذ هو غير معقول ، ضرورة أنه لاوجه لان يضمن الانسان عن نفسه ، فمن الغريب اشتباه هؤلاء الافاضل في ذلك ، وكيف كان فهذا كله في ضمان عهدة الثمن للمشترى عن البايع .

وأما العكس وهو ضمان عهدة الثمن للبايع عن المشترى فلا إشكال فيه ، إذا كان ديناً ، بمعنى نقل ما في ذمة المشترى اليه ، وكذا ضمانه لو خرج مستحقاً ، فيما إذا كان الثمن كلياً في ذمة المشترى الذي مرجعه إلى الاوّل أيضاً أو إلى أرشه إن كان معيباً كما إذا كان شخصيا فإن ضمان عهدته عن المشترى حينئذ ذلك ، وليس هو من ضمان الاعيان كما أشرنا اليه سابقاً ، بل هو ضمان ما في الذمة فتأمل جيداً وكذا ضمان نقصان الصنجة التي يزن بها الثمن أو المثمن للبايع أو المشتري كما صرّح به غير واحد ، لكنه لايندرج في إطلاق ضمان العهدة ، ومثله ضمان رداءة الجنس فيهما أيضاً .

المسألة ﴿الرابعة إذا كان له على رجلين﴾ مثلاً ﴿مال فضمن كل واحد منهما ما على صاحبه﴾ باذنه دفعة واحدة ، ورضي المضمون له بذلك ، وتساوى المالان من جميع الوجوه ﴿تحول ما كان على كل واحد منهما إلى صاحبه﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، لاجتماع شرائط صحة الضمان في كلّ منهما ، وكان فائدة هذا الضمان صيرورة كل واحد منهما بضمانه فرعاً ، وبمضمونيته أصلاً ، فيتعاكسان ، وافتكاك الرهن إن كان عليهما ، أو على أحدهما لان الضمان اداء ، و غير ذلك ، كما أن فائدته مع اختلاف

الدين قلة وكثرة ، وحلولاً وتأجيلاً ، والضمان كذلك واضحة، بل في الفرض لوشرط أحدهما الضمان في مال بعينه ، وقلنا بصحته وحجر عليه لفلس قبل الاداء أخذ المضمون له حقه من المال مقدماً على الغرماء ، لسبق تعلق حقه ، إلاّ أن المفلس قد استحق على المضمون عنه ، مع فرض كون الضمان باذنه ، و يتعلق به حينئذ حق الغرماء ، فإذا كان قد أدى الاخر عنه قبل الحجر عليه ، ضرب مع الغرماء ولا يتساقط معه ، لتعلق حق الغير بما عليه ، بل يكون له حصته ويبقى الباقي في ذمة المفلس كما هو واضح .

ولو قبل المضمون له ضمان أحدهما دون الاخر كان الجميع عليه ، فإن دفع النصف مثلاً انصرف إلى ما قصد ، ويقبل قوله مع اليمين ، فإن أطلق قسط في وجه قوي ، تقدم نظيره في الرهن ، ويحتمل صرفه إلى من شاء بعد ذلك ، أو القرعة .

نعم لو أبرء تعين ماقصده ، فان أطلق فالتقسيط مع احتمال القرعة أيضاً بناء على أنها للاعم من المشتبه موضوعاً في الواقع ، و لوادعى الاصيل قصده في الابراء ففي القواعد في توجه اليمين عليه أي المضمون له أو على الضامن اشكال ، من عدم توجه اليمين لحق الغير ، وخفاء القصد .

وعن المحقق الثاني أنه استوجه القرعة ، ولعلّ الظاهر أن الدعوى بين الضامن والمضمون عنه ، دون المضمون له ، و حينئذ فإن صدّقه المضمون له ، كان القول قوله ، كما أن القول قول الضامن إن صدّقه ، وإن لم يمكن الرجوع اليه لموت ونحوه فقد يقوى القرعة حينئذ ، بعد اتفاقهما على أنه قد قصد مخصوصاً ، و قلنا بعدم شغل ذمة المضمون عنه إلا بالاداء ، لعدم أصل يرجع اليه حينئذ ، أما مع عدم العلم فالحمل على الاطلاق متجه ، ولوادعى أحدهما على الآخر العلم كان له اليمين على نفيه والله العالم .

﴿ ولو قضى أحدهما ما ضمنه ﴾ عن صاحبه ﴿ برء ﴾ من ضمانه ﴿ وبقي على الآخر ماضمنه عنه و﴾ كذا ﴿ لو أبرأ الغريم أحدهما برء ﴾ هو ﴿ ممّاضمنه

دون * ماضمنه *شريكه* بل قد يقال : بعدم الرجوع له عليه ، وإن أدّى سابقاً ، بل وان لم يؤد الآخر ، بأن أبرأه الغريم مماعليه مثلاً ، لحصول التهاتر بينهما قهراً بمجرد ضمان كل منهما باذن الآخر ، لكنه كماترى بعيد عن مذاق الفقه ، ويمكن أن يقال : انه وإن قلنا باشتغال ذمة المضمون عنه للضامن إذا كان قد أذن له في ضمان وإن لم يجز له الرجوع عليه حتى يؤدى ، إلاّ أن الظاهر كون ذلك على جهة المراعاة فان لم يؤدّ لابراء ونحوه ينكشف عدم اشتغالها ، وإن أدى تبيّن اشتغالها ، فلاتهاتر حينئذ في الفرض ، وكذا لوقلنا بكون السّبب لاشتغالها العقد المأذون فيه مع الاداء فتأمل جيّداً . فان المسألة غيرمحرّرة في كلامهم ، وسيأتى عن قريب بعض الكلام فيها انشاءالله، هذا كله في ضمان كل منهما على الآخر .

أما لوضمن اثنان عن واحد ، فان كان على التعاقب فالضامن من رضي المضمون له بضمانه بل لو أطلق الرضا بهما كان الضامن هو السّابق ، وإن كان ضمانهما دفعة ، فالضامن من رضي بضمنهما ، وإن رضي بهما كذلك ففي الصحة ـ مع التقسيط بالنصف في الفرض و الثلث إن كانوا ثلاثة و هكذا ، أو الصحة مع التخيير و مطالبة من شاء منهما ، و مطالبتهما معاً كما عن ابن حمزة في الوسيلة وسمّاه بضمان الانفراد ، و عكسه و هو ضمان الواحد عن جماعة ضمان الاشتراك ، بل قيل : إنهم جزموا به في باب الديات فيما إذا قال : الق متاعك ، وعلى كل واحد منّا ضمانه ، بل عن الفاضل في درسه توجيهه بوقوع مثله في العبادات كالواجب على الكفاية ، وفي الاموال كالايدى المتعاقبة على المغصوب ، أو بطلان الضمان من أصله كما عن المختلف وجامع المقاصد ـ أقوال .

و من هنا قال في القواعد : إشكال ، ولكن لايخفى على من أحاط خبراً بنظائر المسألة قوة الأخير منها ، وما ذكره الفاضل من وجود النظير لوسلّم أنه مثله لايصلح دليلاً للمسألة ، مع أنه قد تقدم منّا في المباحث السابقة مايستفاد منه وضوح الفرق بين ذلك وبين الأيدى المتعاقبة والله العالم .

المسألة * الخامسة : اذا رضي المضمون له من الضامن ببعض المال ، أو أبرأه

من بعضه لم يرجع على المضمون عنه ﴾ المفروض إذنه بالضمان ﴿ إلاّ بما أدّاه ﴾ لماعرفت سابقا من أنه ليس له إلاّ ذلك نصاً وفتوى ، بل هو مشروط بما إذا لم يزد عن الحق ، و إلاّ رجع بالحق خاصة ، فالضابط حينئذ الرجوع باقلّ الأمرين ممّا أدّاه و من الحق في كل موضع له الرجوع ، وكأن المصنف أشار بماذكره إلى خلاف بعض العامة الذي جوّز الرجوع مع الابراء عن الكل أو البعض ، لانه هبة له خاصة من رب الدين ، وهو باطل عندنا ، لماعرفت

نعم لوقبض منه الجميع ثم وهبه بعضه أو جميعه جازله الرجوع لصدق الأداء، بل لعله كذلك إذا احتسبه من حق زكاة عليه مثلاً (ولو دفع عوضاً عن مال الضمان رجع بأقل الأمرين ﴾ من القيمة والدين ، من غير فرق بين أن يكون قد رضي المضمون له به عنه بغير عقد ، وبين مالو صالحه عنه بالدين .

نعم لوصالحه عليه بمايساوى الدين في ذمته وقاصّه به اتجه رجوعه به ، لثبوتها له في ذمته وأدائها عن الدين مع احتمال الرجوع بالقيمه خاصة ، لان وضع الضّمان على الارتفاق ، ولعلّه لذا توقف فيه الفاضل في المحكي من التذكرة والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة : إذا ضمن عنه ديناراً ﴾ مثلاً ﴿ باذنه فدفعه ﴾ المضمون عنه ﴿ الى الضامن فقد قضى ما عليه ﴾ بناء على اشتغال ذمته له بضمانه عنه المأذون فيه ، و إن كان لايستحق الرجوع عليه إلاّ بالاداء لانّ الضمان نوع أداء ، والفرض حصوله باذنه ، فيقتضي شغل ذمة المضمون عنه فيصح حينئذ الدفع له ، وفاء كما يصح للضامن ابراء ذمة المضمون عنه ، قبل الاداء وهذا كله لاينافي عدم استحقاق المطالبة له إلابالأداء ، للدليل .

نعم قد يقال : إن الدفع وفاء مثلاً وكذا الابراء مراعى بحصول الأداء منه ، فا ن حصل استقر ذلك وإلاّ انفسخ ، ورجع المال إلى المضمون عنه ، أو يقال إن ذلك على الكشف بمعنى أنه بحصول الاداء ينكشف وقوعه في محلّه ، وإلّا انكشف عدم شغل ذمته من الأصل .

لكن ذلك و نحوه لانرى احداً مصرحاً به من الأصحاب ، بل في المسالك و المحكي من غيرها مايقتضي خلافه ، وأنه لاتشتغل ذمة المضمون عنه ، إلّا حين أداء الضامن ولعله للأصل مع عدم ثبوت كون الضمان أداء بالنسبة إلى ذلك ، وإن كان هو كالاداء بالنسبة إلى براءة ذمة المضمون عنه ، فلاسبب حينئذ لشغل ذمة المضمون عنه إلا الاداء الماذون فيه بالاذن بالضمان ، لقاعدة احترام مال المسلم، وحينئذ فالنصوص[1] الدالة على عدم الرجوع الابه ، وإلابمقدارما أدّى كاشفة عن ذلك، لأنها مخصصة لقاعدة تسلّط من له الدين على من عليه ، ولا أنها مفيدة لاحكام آخر يصعب التزامها ، ولعل هذا هو الأقوى ، و حينئذ لايكون مايدفعه المضمون عنه قضاء بل هو مدفوع ليكون وفاءً له إذا أدّى .

بل في المسالك «لايبعدكونه مضموناً عليه ، لقاعدة على اليد ، وكونه كالمقبوض بالسوم» ، واستشكل فيه في التذكرة بعد أن حكم به . نعم لوقال المضمون عنه للضامن: اقض به ما ضمنت عني ، فهو وكيل و المال في يده أمانة ، والفرق بينه و بين ما سبق واضح، لأنه دفعه ـ في السابق ـ إليه إما مطلقا ، أوانه الحق المضمون ، وعلى التقديرين ليس مستحقاً عليه للضامن ، بخلاف قوله إقض به ماضمنت ، فإنه وكالة في قبضه ودفعه .

قلت: قد يقال: إن مرجع الأول إلى الامانة أيضاً ، ضرورة عدم كونه وفاءً فعلاً قبل الاشتغال ، فليس هو إلا على ملك المضمون عنه ، بل لابدّ من التزام التوكيل للضامن في قبضه وفاء بعد الاداء ، فلاضمان حينئذ ، والقياس على المقبوض بالسوم ليس من مذهبنا ، وقاعدة على اليد مخصصة بالامانة ، ولعلّه استشكل فيه في التذكرة ، وهو في محلّه ، نعم لودفعه له بعنوان القرض له مقدمة لحصول التهاتر بعد الاداء أمكن، لكنه غير المفروض .

﴿و﴾ كيف كان فـ﴿ لو قال ﴾ أي الضامن على ما في المسالك للمضمون عنه ﴿ إدفعه ﴾ انت ﴿ إلى المضمون له ، فدفعه فقد برئا ﴾ أما الضامن فلوفاء دينه ، و أما المضمون عنه فلأن الضامن لم يغرم ، فلايرجع عليه ، ويمكن اعتبار التقاص القهري

(١) الوسائل الباب ـ١١ـ من ابواب احكام الضمان .

لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن ، لانه المديون و قد أذن في وفائه ، وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لادائه ، فيتقاصان .

وفيه : أن أداء دين الضامن المأذون بمال المضمون عنه باذن الضامن لايقتضي اشتغال ذمة الضامن بمثله ، اذ ليس هو قد صار بذلك قرضاً عليه مع عدم قصده ، وعدم توقف وفاء الدين على كونه مملوكاً للمديون كما أنه لايستحق رجوعاً على المضمون عنه ، لعدم حصول الاداء منه فلاتقاص حينئذ ، لعدم ثبوت المالين في ذمة كل منهما فتأمل ، ولوفسرت العبارة بارجاع ضمير قال إلى المضمون عنه ، أي قال للضامن إدفعه إلى المضمون له ، فقد بر ئامعاً كان ممكناً ، والوجه فيه حينئذ واضح لماعرفت .

﴿و﴾ يكون هذا كما ﴿لودفع المضمون عنه إلى المضمون له بغير اذن الضامن﴾ فانه لاإشكال ولاخلاف في أنه إذا كان كذلك ﴿برء الضامن والمضمون عنه﴾ بلارجوع من الضامن على المضمون عنه لعدم الاداء منه عنه ، كما هو واضح ، ولوتبرع متبرع بالضمان ، ثم سأل آخر الضمان عنه فضمن وأدى رجع عليه دون الاصل ، ولو أنكر المضمون عنه الاذن في الضمان ، أو انكر الدين كان القول قوله ، ولوانكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ، لم يرجع على المضمون عنه ، إذا كان قد أنكر اصل الدين ، أو أصل الاذن بالاداء عنه في ضمن الضمان وغيره ، ضرورة علمه بفراغ ذمة المضمون عنه ، و عدم استحقاق الرجوع عليه ، و أنه قد اخذ منه ظلماً بالبينة المخطئة .

نعم لولم ينكر أصل الدين ولاأصل الاذن بالاداء عنه ، ولاالمضمون عنه أصل الاذن له أو ثبت ذلك بحجة شرعية كان له الرجوع على المضمون عنه مقاصة ظاهراً لعدم منافاة إنكار الضمان لذلك ، ضرورة كونه أخص من استحقاق الرجوع الذي يمكن أن يكون بالاذن بالاداء من دون ضمان ، فله المطالبة حينئذ ، بأن يقول إني أديت عنك دينك على وجه أستحق به الرجوع عليك ، ويقيم البينة على الاذن إن كانت ، و إن كان وجه الاستحقاق هو الضمان بالاذن ، لأن التوصل إلى الحق بطريق

لايكون مشتملاً على محذور جائز .

والظاهر أنه يسوغ للبينة الشهادة بالاذن من دون تعيين الضمان الذي انكره حتى لوطلب المضمون عنه التقييد بواحد منهما لم يلزم ، وعلى كل حال فله الرجوع ظاهراً ، نعم له المقاصة باطناً إذا كان كاذباً في انكاره الضمان بالاذن ، إلّا أن يعترف له المضمون عنه بذلك ، ولو أذن له باداء دينه من دون ضمان فادّعاه المأذون ، و أنكره الآذن كان القول قول المأذون ، لأنه وكيله وأمينه ، من غير فرق بين تصديق المستحق وعدمه .

نعم لو قيد الآذن إذنه بالاشهاد فتركه المأذون لم يكن له الرجوع عليه ، ولو أن صدقه المستحق ، إذ يمكن أن يكون تصديقه معاطاة ، وليس الغرض سقوط المطالبة الحاصل بذلك ، بل براءة الذمة في الواقع ، ولم يحصل ما يدلّ عليها ، اللهم إلّا أن يجعل اقراره بذلك طريقاً لها أيضاً ، على أنّ الغرض التقييد بالاشهاد ولم يحصل .

نعم لو لم يقيد بذلك وأطلق الاذن امكن الاكتفاء باقراره ، وإن قلنا بتقصيره بترك الاشهاد على وجه لايستحق الرجوع معه ، إلا أنّ من المعلوم كون ذلك لارادة سقوط المطالبة و البراءة ، والفرض حصولهما بالاقرار ، و كذا لو كان الدفع بحضور الأصيل .

ومن التأمّل فيما ذكرنا يظهر لك مواقع النظر فيما ذكره الفاضل في القواعد ، بل قد يظهر من بعض كلماته فرض المسألة في الضمان ، و من المعلوم عدم جريان جملة من الفروع فيه ، و لذا فرضناها في المأذون بالاداء بدونه ، و قد عرفت الكلام سابقاً في الضمان فلاحظ وتأمل ، وقد تقدم لنا سابقاً ويأتي في باب الوكالة وغيرها ما يستفاد منه أيضاً وجه النظر في جملة من ذلك فلاحظ وتأمّل جيّداً والله العالم .

المسألة ﴿السّابعة : إذا ضمن باذن المضمون عنه ، ثم دفع ما ضمن ، وانكر المضمون له القبض ، كان القول قوله مع يمينه ﴾ لأصالة عدم القبض ، وفي المسالك « و حينئذ فلا يرجع الضامن على المضمون عنه بشيء ، لعدم تحقق غرمه المشروط

به استحقاق الرجوع ، قلت : وهو كذلك وان توجهت المخاصمة بينهما ويتوجه له اليمين عليه ، ولورد المضمون له اليمين على الضامن في الأول ، فحلف ففي استحقاق الرجوع على المضمون عنه بذلك وعدمه وجهان ، أقواهما العدم ، بل وكذا في استحقاقه بتصادق الضامن والمضمون له .

وعلى كل حال ﴿ فـ ﴾ في مفروض المتن ﴿ ان شهد المضمون عنه للضامن، قبلت شهادته ﴾ و إن كان الضمان بالاذن ، لانه حينئذ شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع، وشهادة على غيره. نعم هي مقبولة كغيرها من الشهادات ﴿ مع انتفاء التهمة، ﴾ واليه يرجع ما عن الفخر من أن شهادة المضمون عنه للضمان ترد اجماعاً ، ونوقش بالاكتفاء في ذلك باعتراف الضامن بالاداء إن أثرت في البراءة ، فكالضمان على التامل عندهم ، وفرضت التهمة فيما إذا كان أداء الضامن بالصلح أو بأقل من الحق بالضمان، وباعسار الضامن مع عدم علم المضمون له، وبتجدد الحجر عليه لفلس ، وكان للمضمون عنه عليه دين وبغير ذلك ، ممايمكن فرضه ، اذ الفرض أنها شهادة مقبولة في نفسها ، إلا إذا اقترنت بما يمنعها من جر نفع ، أو خصومة أو غير ذلك ، لأنها مردودة في نفسها لكونها مما يجر نفعاً باعتبار كون الدين دينه ، لأنه بالضمان قد برء عندنا ، وصار كالأجنبي بالنسبة إلى ذلك ، هذا كله ﴿على﴾ مذهبنا من ﴿ القول بـ ﴾ اقتضاء الضمان ﴿ انتقال المال ﴾ .

اما على مذهب مخالفينا من كونه ضم ذمة إلى اخرى فلا إشكال في عدم قبول شهادته كما هو واضح ﴿ ولو لم يكن ﴾ المضمون ﴿ مقبولاً ﴾ لجر نفع أو فسق أو خصومة اوغير ذلك ﴿فحلف المضمون له كان له مطالبة الضامن مرة ثانية﴾على زعم الضامن .

﴿و﴾ لكن ﴿ يرجع الضامن على المضمون عنه بما أداه أولاً ﴾ على الوجه الذى عرفته سابقاً لا الاخير الذى هو ظالم بزعمهما فيه ﴿ ولو لم يشهد المضمون عنه ﴾ اى لم يصدق الضامن بدعواه ﴿ رجع الضامن ﴾عليه ﴿ بماأداه أخيرا﴾ لعدم

ثبوت اداء سواه .

نعم الظاهر توجه الخصومة بينهما كما اشرنا اليه سابقاً ، كما أن الظاهر تقييد ذلك بما إذا لم يزد المدفوع اخيراً على الاوّل ولا على الحق ، وإلا رجع بالأقل من الثلاثة ، لانه إن كان هو ما غرمه أولاً فلاعترافه بعدم استحقاق ما سواه ، وإن كان ما دفعه اخيراً فلما عرفت من عدم ثبوت غيره ، وان كان هو الحق فلما عرفت من ان الرجوع انما هو في الاقل منه والمدفوع ، ولذا قال في بعض نسخ المتن و ﴿ لو قيل يرجع بأقل الامرين مما أداه أولاً وأخيرا كان حسناً ﴾ والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا ضمن المريض ﴾ تبرعاً ﴿ في مرضه ومات فيه خرج ما ضمنه من ثلث تركته على الاصح ﴾ من كون المنجزات منه لا من الاصل ، إذ لا اشكال في كون القرض منها . نعم لو ضمن بسؤال ففي المسالك « هو كما لو باع بثمن المثل نسيئة ، فالوجه حينئذ أنه متى امكن الرجوع على المضمون عنه فهو من الاصل وإن لم يمكن لاعساره ونحوه فهو من الثلث ، ولو أمكن الرجوع بالبعض فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت منه على الثلث» ولكن لا يخلو من نظر ضرورة كونه كالقرض ونحوه لعدم التبرع فيه بشيء .

المسألة ﴿ التاسعة : إذا كان الدين مؤجلاً فضمنه حالاً ﴾ باذن المضمون عنه في ذلك وعدمه ففي المحكي عن المبسوط ﴿ لم يصح ، وكذا لو كان إلى شهرين فضمنه إلى شهر لان الفرع لا يرجّح على الاصل ﴾ و وافقه على ذلك فخر الاسلام والكركي ، بل عن المختلف أنه استحسنه ، بل قد عرفت أن الاولى مقتضى ظاهر من اعتبر الاجل في الضمان ، و إن كان ذلك حيثية أخرى غير ما نحن فيها ، ولذا منع منها هنا من لم يعتبر الاجل فيه .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله ﴿ فيه تردد ﴾ بل منع لما سمعته سابقاً من عدم الدليل على اشتراط الاجل فيه ، بل ظاهر الادلة خلافه ، كما أنه لم يثبت مانعية زيادة الفرع على الاصل ، ودعوى اعتبار مشروعية الضمان على المساواة ممنوعة ، كدعوى

أن ذلك من ضمان ما لم يجب ، باعتبار أن الحلول زيادة في الحق ، و كـذا نقصان الاجل ولذا تختلف الاثمان باختلافه ، ضرورة أن المضمون المال ، والاجل إنما هو من التوابع ومن الحقوق للمديون التي يجوز له التبرع باسقاطها ، وفي وجه إن كان مع اذنه في الضمان دون الحلول ، لم يستحق الرجوع عليه ، إلا للاجل ، كما عرفته سابقاً وكذا دعوى اعتبار الارفاق في الضمان ، إذ لادليل عليها ، بل ظاهر الادلة خلافها ، على أنه مع التبرع لاينافي الارفاق ، كما أنه لايختص الارفاق بهذه الجهة ؛ وقد أشرنا إلى ذلك سابقاً والله العالم .



﴿ القسم الثاني في الحوالة ﴾

بفتح الحاء كسحابة ، وهي مشروعة بالنص وإجماع الامة ، كما عن المبسوط و ليست بيعاً ، ولامحمولة عليه عند علمائنا أجمع في محكي التذكرة .

﴿ والكلام ﴾ فيها يكون ﴿ في العقد ، و في شروطه وأحكامه أمّا الأوّل : فالحوالة ﴾ المتفق على صحتها ﴿ عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ﴾ ولوباعتبار انتقال مثله إلى المحال عليه ، كما ستعرف تحقيق الحال في ذلك، فلاينتقض بالحوالة على البرىء ، وإن كان الاصح عند المصنف على ماستسمع صحّتها إلاّ أن فيهاخلافاً ، وقدحاول الفاضل إدخالها بحذف قيدالشغل ، لكنه ينتقض بالضمان.

والامر في ذلك كله سهل بعد أن ذكرنا غيرمرة أن المراد بها التمييز في الجملة، فهي أشبه شيء بالتعاريف اللغوية كسهولة الامرفي أنها عقد ، أو الاثر الحاصل منه ، بعد ما عرفت تحقيق الحال في ذلك في البيع ، و في أن ألفاظ العقد مخصوصة ، أو يحصل بكل مادلّ عليه منها ، إذا كان على طريق العرف واللغة بعدأن تقدم منا تمام الكلام أيضاً فيذلك ، بلوفي حكم المعاطاة التي قد تقدم أيضاً منا تمام الكلام فيها .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يشترط فيها رضى المحيل والمحال عليه والمحتال ﴾ بلاخلاف أجده في الأوّل والاخير ، بل الاجماع بقسميه عليها ، بل المحكي منهما مستفيض ، أو متواتر ، و هو الحجة ، مضافاً إلى أصول المذهب و قواعده ، لكن في المسالك و محكي التذكرة و غيرها أنه يستثنى من اعتبار رضى المحيل مالو تبرع المحال عليه بالوفاء فإنه لايعتبر رضى المحيل قطعاً ، لانه كوفاء دينه و ضمانه بغير اذنه ، والعبارة عنه حينئذ أن يقول المحال عليه للمحتال:أحلت بالدين الذى لك على فلان على نفسي ، فيقبل .

و زاد في المسالك « فيشترط هنا رضى المحتال والمحال عليه ، و يقومان بركن العقد ، بخلاف رضى المحال عليه فيما تقدم لقيام العقد بغيره» وفيه : امكان منع صحة

هذه الحوالة ، لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها ، و « أوفوا بالعقود[1] » انما يراد منه العقود المتعارفة ، أى البيع والصلح والحوالة و نحوها ، فلاشمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها ، بل محكي الاجماع مستفيضاً على اعتبار رضى المحيل يشهد بخلاف ذلك ، كما أن اتفاقهم - على أن المحيل والمحتال من أركان عقد الحوالة ، و أن بالايجاب من الاوّل ، والقبول من الثاني يتم العقد - يشهد بخلافه أيضاً ، ضرورة عدم اختلاف اركانها ، ودعوى قيام المحال عليه مقام ذلك مصادرة محضة ، مخالفة لما عرفت ، فالاولى عدم الاستثناء المزبور ، هذا كله في الاوّل و الاخير .

وأما اعتبار الرضا في الثاني فهو المشهور بل عن الاردبيلى أنّه لم يظهر فيه خلاف ، بل في محكي التذكرة نسبته إلى أصحابنا ، والمختلف إلى علمائنا ، بل عن الشيخ دعوى الإجماع ، وان كنا لم نتحققه ، وإنما المحكي عن المبسوط والخلاف ماعن الغنية والسرائر من الاجماع على صحة الحوالة مع رضاه ، بخلاف حال عدمه ، وهو كماترى ليس اجماعاً في المقام ، بل مشعر بوجود الخلاف ، إلاّ أنّ الظاهر ارادته ، ولو من العامة .

نعم هو محكي عن التقي ، بل لعله ظاهر المحكي عن المقنعة والنهاية ، بل عن الفاضل في المختلف الميل اليه ، بل هو خيرة المقتصر والتنقيح ، وايضاح النافع ، والمسالك والروضة على ماحكي عن بعضها ، بل في الثانى إن اعتبرنا شغل الذمة والحوالة بمثل ماعليه ، فلا يشترط رضاه قطعاً ، وإن لم يشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعاً ، وإن كان قد يمنع القطع فيما ذكره أخيراً نعم هو كذلك في سابقه أى الحوالة على البريء بناء على صحتها كما اعترف به غير واحد من الأفاضل فالبحث حينئذ في مشغول الذمة ولو بغير المثل كما ستعرف .

وعلى كلّ حال فليس للمشهور بعد الإجماع المحكي الذي لم نتحققه ، بل المضمون توهمه ممّا عرفت ، سوى أصالة بقاء الحق في ذمة المحيل المقطوعة بعموم « اوفوا » وباطلاقات الحوالة ، إذلاريب في عدم اعتبار رضاه في مفهومه المتحقق بالايجاب من

(١) سورة المائدة الاية -١- .

المحيل، والقبول من المحتال.

ومن هنا قيل مع فرض اعتباره لافرق بين مقارنته، ولحوقه، بل وسبقه، إذ ليس هو من أركان العقد المعتبر فيه اتصال قبوله بإيجابه، وكونه باللفظ العربي ونحو ذلك، بل لايبعد كونه كاشفاً مع فرض تأخره على نحو الرضا في عقد الفضولي، إلاّ أنه لم أجد مصرحاً به، كما أنّي لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول، بان يكون هذا العقد مركباً من إيجاب، وقبولين، وإن كان هو مقتضى ماتسمعه من دليلهم أيضاً، وسوى اختلاف الناس في سهولة القضاء والاقتضاء المعلوم عدم رجوعه الى حاصل، ضرورة «تسلّط الناس على أموالها» ولذا جازت الوكالة على استيفائه، ونقله إلى الغير ببيع وصلح ونحوهما، وسوى دعوى اقتضاء الحوالة النقل، كما هو مقتضى ماسمعت من تعريفها بل في محكي التذكرة الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع، وكذا عن الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر، وأنه لذلك سميت حوالة، ولاريب في توقف الانتقال إلى ذمة الغير على رضاه التي يمكن منعها بالمعنى المزبور، وأنها إنما تقتضي الوفاء بماله في ذمة الغير عمّا في ذمته، خصوصاً بعد كون المتعارف في القصد بالتحويل ذلك، لا انتقال ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه عوضاً عماله في ذمته، ولاوجه لاقتضائها ذلك، مع فرض عدم قصده.

نعم هو كذلك في الحوالة على البرىء التي هي كالضمان بخلاف الفرض الذي هو كالوفاء، بل يمكن ارادة كونها ناقلة بمعنى اقتضائها نقل ما في ذمة المحال عليه إلى ملك المحتال عوضاً عماله في ذمة المحيل.

ومن هنا تخيل بعض العامة أنّها بيع أومعاوضة، بل يمكن إرادتهم في التعريف المزبور وغيره ذلك أيضاً، على معنى اقتضائها انتقال مساوي حق المحتال في ذمة شخص آخر غير المحيل اليه، بل قد يقال توسعاً: اقتضت نقل المال من ذمة إلى ذمة أخرى بالاعتبار المزبور.

وبالجملة فالمسلم والمتعارف في قصد المتعاقدين ذلك، وهو لايتوقف على الرضاء إذ هو حينئذ كنقله بغير التحويل من البيع ونحوه، وأما غيره فلادليل عليه بعد ان لم

يكن من مقصود المتعاقدين ، بل لا يبعد البطلان مع فرض قصده ، وحينئذ فالقول بعدم اعتبار رضاه لا يخلو من قوة، وإن كان الأحوط خلافه ، خصوصاً بعد ما عرفت من الشهرة العظيمة .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿مع تحققها﴾ جامعة للشرائط ﴿يتحول المال إلى ذمة المحال عليه﴾ ولو باعتبار انتقال عوضه الذى هو في ذمة المحال عليه اليه ، بل لعلّ المراد أنه يتحول المال اي يبتدل بما في ذمة المحال عليه خصوصاً بعد العلم بأن استفاضة هذه العبارة حتى حكي عليها الاجماع غير واحد ، بل صدرت ممن قد صرّح بعدم اقتضاء الحوالة النقل بالمعنى السابق ، كالمحقق الثاني والشهيد الثاني انما هو في مقابلة المحكي عن زفر من العامة ، حيث قال بعدم تحول الحق عن ذمة المحيل وجعلها كالضمان عندهم.

﴿و﴾ على كل حال ﴿يبرء المحيل وان لم يبرأه المحتال على الأظهر﴾ الأشهر بل المشهور، لظهور عدم الرجوع في خبر أبي ايّوب[1] «سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال ، أيرجع عليه قال : لا يرجع عليه أبداً إلاّ أن يكون قد أفلس قبل ذلك » ـ في البراءة المزبورة كخبر منصور بن حازم[2] « سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلاّ أن يكون قد أفلس قبل ذلك » وخبر عقبة[3] عن أبي الحسن عليه السلام «سألته عن الرّجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ، ثم يتغير حال الصيرفي ، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي ؟ قال: لا» بل ذلك مقتضى الحوالة التي هي بمعنى النقل ولو بالوجه الذي ذكرناه الذي هو نقل المال الذى في ذمة المحال عليه إلى المحتال ، لكن من المعلوم كون ذلك بدلاً وعوضاً عما للمحتال في ذمة المحيل. لأنها من قبيل الوفاء فيقتضي حينئذ براءة ذمة المحيل .

خلافاً للمحكي عن أبي علي والشيخ في النهاية وأبي الصلاح والقاضي ، وظاهر

(١) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الضمان الحديث -١-

(٢) (٣) الوسائل الباب -١١- من ابواب احكام الضمان الحديث -٣-٢- .

المقنعة ، بل عن المقداد في التنقيح اختياره ، فاعتبروا براءة المحتال ، وإلاّ لم يبرء .

لخبر زرارة [1] « عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرّجل بما كان له على رجل آخر فيقول له الذى احتال برأت ممالى عليك ؟ فقال : إذا ابرءه فليس له أن يرجع عليه ، وإن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله » لكنه خبر واحد موافق للمحكي عن الحسن البصرى ، ومحتمل لارادة الرجوع عليه ولو في حال الاعسار مع الجهل به ، وللكناية عن القبول والرضا بالحوالة ، فلايصلح معارضاً لتلك الأخبار ، ولو على جهة التقييد ، ولا لما دلّ على اللزوم في عقد الحوالة المستفاد من الآية والاجماع وغيرهما ، بل ردّ هذا القول ـ مضافاً إلى ما ذكرنا ـ بالاجماع بقسميه ، على اقتضاء الحوالة نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولكن قد يناقش بمنع الاجماع المزبور ، إذ لايتصور معه الخلاف المذكور الذي قد سمعته من غير واحد ، بل المخالف إنما عبّر بلفظ الأظهر ونحوه ، ولو أن هذا الاجماع محقق لم يتصور محل للإبراء معها ، كما لاتصح هي اذا وقع قبلها .

و من الغريب ما في المسالك في المقام حيث قال : « حكمان أحدهما : أن الحوالة تفيد نقل المال و تحوله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، و هو موضع وفاق منا ومن العامة إلاّ من شذّ منهم ، فإنه جعلها كالضمان بمعنى الضم ، و فساده ظاهر ـ الى أن قال : ـ و ثانيهما : أن المحيل يبرأ من حق المحتال » إلى آخر ما ذكره مع أنه في السابق عند البحث على اعتبار رضى المحال عليه ، بعد أن ذكر دليل الخصم أنها تقتضي الانتقال قال : « انا نمنع من اقتضاء الحوالة النقل ، بل هي ايفاء لما في ذمة الغير ، فلايقصر عن بيعه ولايشترط فيه رضاه » إذ مع فرض تحقق الإجماع المزبور لايتصور النزاع المذكور .

نعم مايمكن تسليمه من الاجماع اقتضاء الحوالة النقل بمعنى انتقال ما في ذمة المحال عليه الى المحتال ، و أما اقتضاؤها مع ذلك براءة ذمة المحيل على وجه ليس له الرجوع عليه وان لم يقبض من المحال عليه ، فلا ، عند من عرفت ، جمعاً بين النصوص

(١) الوسائل الباب ـ١١ـ من ابواب احكام الضمان الحديث ـ٢ـ.

المزبورة بالاطلاق والتقييد ، مضافاً إلى اصالة بقاء ذمة المحيل ، وإن كان الاقوى خلافه لقصور الخبر المزبور عن ذلك ، ولان الحوالة وان كان الاصح انها قسم برأسه ، لكنها بحكم الاستيفاء أو الاعتياض .

وعلى كل حال تقتضي براءة ذمة المحيل ، ولأن المراد والمقصود من المتعاقدين بها ذلك ، فيعلم أن شرعيتها على الوجه المزبور بحيث لو قصدا خلافه مصرحين لم تشرع الحوالة كما هو واضح والله العالم .

﴿ ويصح أن يحيل على من ليس ﴾ له ﴿ عليه دين) وفاقاً للمشهور بل عن السرائر الأجماع عليه وهو الحجة بعد اطلاق النصوص السابقة ، وعموم «أوفوا بالعقود» والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها ، خلافاً للمحكي عن الشيخ في آخر الباب ، وربما حكي عن القاضي و ابن حمزة ، وإن كنا لم نتحققه ، فانحصر الخلاف فيه ، بل المحكي عنه في أوّل الباب الموافقة .

وبنى الخلاف بعضهم على ان الحوالة اعتياض أو استيفاء ، فعلى الاوّل لاتجوز ، وعلى الثّاني تجوز ، وفيه : أن الاصح كونها أصلاً برأسه ، وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الاحوال ، والاعتياض في بعض آخر ، وإلّا فمن المعلوم أنها ليست وفاء حقيقة ولذا لايجب قبولها ، وإن كانت على مليّ ، ولابيعاً كذلك ، ولذا لم يثبت لها حكم التقابض في المجلس لو كانت في النقد .

وعلى كل حال فلادليل للخصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت ، ودعوى استبعاد اختلاف مقتضاها ، والمراد منها ، إذ هي على مشغول الذمة انتقال ، وعلى البريء معنى الضمان .

ومن هنا قال المصنف: ﴿ لكن ذلك بالضمان أشبه ﴾ بل عن الكاشاني الأظهر أنها ضمان ، وإن كان فيه ما لايخفى ، ضرورة عدم حصول انشاء ذلك من المحال عليه حتى تكون ضماناً ، بل أقصاه الرضا بما أنشأ المحيل من معنى الحوالة التي هي

حينئذ بمعنى الوفاء باثبات مثل ذلك في ذمة البرىء ، أو الاعتياض عنه بذلك ، وهو معنى غير معنى الضمان ، بلهو قريب من الحوالة على المشغول ، ومثل ذلك لايقدح في العقد ، فان أفراد البيع مثلاً أشدّ من ذلك تفاوتا ، فما عن الكركي من التأمل في الجواز في غير محلّه والله العالم .

﴿ وإذا أحاله على المليّ ﴾ الوفي ﴿ لم يجب القبول ﴾ بلاخلاف أجده فيه، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل قد عرفت المحكي منه على رضى المحتال مستفيضاً ، مضافاً إلى الاصل السالم عن معارضة مادلّ على وجوب قبول الوفاء من باذله ، بعد معلومية عدم كونها وفاء حقيقة ، على وجه تندرج في إطلاق تلك الأدلة ، بل هي ناقلة كما عرفت .

فماعن داود الظاهريمن الوجوب لذلك ــ وللنبوى ﷺ المرسل « إذا أحيل أحدكم على الملي فليحتل» الذي لم نجده في طرقنا ولاجابر له ولاشاهد وينبغى حمله على الندب ــ واضح البطلان .

﴿ لكن لوقبل ﴾ الحوالة عليه ﴿ لزم وليس له الرجوع ولوافتقر ﴾ كما لوكان فقيراًمن أوّلوقدعلمبه ورضي ، بلاخلاف ولااشكال ، بعدمعلومية كون الحوالة من العقود اللازمة ، مضافاً إلى النصوص السابقة خصوصاً خبر عقبة منها بل عن الخلاف أنه المروي عن اميرالمؤمنين عليه السلام ، فما عن أبي حنيفة ــ من أن لهالرجوع إذا جحده المحال عليه ، أومات مفلساً ، و عن عمرو أبي يوسف و محمد بن الحسن إذا أفلس وحجر عليه الحاكم ــ واضح الفساد من غير فرق في ذلك بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه ، لاطلاق النّص ومعقد الاجماع وغيرهما من أصالة اللزوم ونحوها ، بل عنالمختلف الاجماع على ذلك صريحاً ، خلافاً للمحكي عنسلاّر فجوّز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تتمة القبول بدونه ، و هو شاذنادر واضح الضعف نعم هذا كلّه في المحال عليه الملي ثم افتقر .

﴿ أما لوقبل الحوالة جاهلاً بحاله ، ثم بان فقره وقت الحوالة كان له الفسخ

والعود على المحيل ﴾ بلاخلاف أجده فيه كما عن الغنية الاعتراف به ، بل في محكي التذكرة نسبته إلى علمائنا ، والسرائر إلى أصحابنا ، بل عن الخلاف الاجماع عليه ، و هو الحجة بعد النصوص السابقة ، وقاعدة الضرر وغيرها ، بل ظاهر اطلاق النص و الفتوى ما صرّح به جماعة من ثبوت الخيار أيضاً ، حتى لوتجدد اليسار والعلم بسبق الفقر ، لتحقق المقتضي له فيستصحب ، وليس العلة الأعسار مادام ، ليزول بزواله ، و دعوى كون المنشأفي ذلك الضّرر بحيث يزول بزواله لاشاهد لها ، بل الشاهد على خلافها متحقق ، ويمكن أن يكون ذلك حكمة لاعلّة .

و عن الفخر أنه بنى ذلك على كون علل الشرع معرّفات ، أو علل حقيقية ، و على الثاني هل الباقي مستغن عن المؤثّر أو محتاج ، فعلى الأوّلين يثبت الخيار ، وعلى الثاني من الثاني يزول ، ولابأس به بعدمعرفة كون علل الشرع معرفات ، و عدم احتياج الباقي في بقائه إلى غير الاوّل كما هومحرّر في محلّه ، وهل هو على الفور أو التراخي ؟ وجهان : أقواهما الثاني ، للاطلاق و غيره ، كما ذكرنا في نظائره ، ثم إنّ الظاهر ارادة الاعسار من الفقر في كلام المصنف اقتصاراً على المتيقن فيما خالف قاعدة اللزوم ، كما أنه المراد من الإفلاس في النص ، لاتحجير الحاكم بالافلاس .

نعم الظاهر ثبوت الخيار له وإن بذل المال بقرض ونحوه ، بل ولوتبرع متبرّع عنه ، للاطلاق ، ومنه يعلم أن ليس المدار على قاعدة الضرر ، على وجه يدور الحكم معه ، وقد تقدم في الضمان ما لايخفى عليك جريانه في المقام ، كغيره من أحكام الأجل واشتراط الخيار وغير ذلك مما لافرق فيه بين الضمان والحوالة ، خصوصاً إذا كانت على البرىء .

﴿ و إذا أحال بماعليه ﴾ على مشغول له بذلك ، أوبرىء بناء على الصحة ﴿ ثم أحال المحال عليه ﴾ المحال ﴿ بذلك الدين ﴾ كذلك ﴿ صحّ ﴾ بلاخلاف ولاإشكال لاجتماع شرائط صحتّها فتندرج في إطلاقها المندرج في آية « أوفوا بالعقود[1] » ﴿ و كذا لوترامت الحوالة ﴾ بتعدد المحال عليهم ، واتحاد المحال ، كما لوأحال

(١) سورة المائدة الآية -١- .

المديون زيداً على عمرو ، ثم احال عمرو، زيداً على بكر ، ثم أحال بكر ، زيداً على عمرو وهكذا ، لوجود المقتضي وارتفاع المانع ، وبتعدد المحتال أو المحيل واتحاد المحال عليه ، كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه ، و هكذا بل كما يصح ترامیها يصحّ دورها، كالضمان بأن يعود إلى المحيل الاوّل إذا فرض شغل ذمته للمحال عليه ، أو قلنا بصحتها على البرئ ، بل لم نجد خلافاً هنا و إن سمعته في الضمان كما هو واضح .

﴿و إذا قضى المحيل الدين بعد الحوالة ف﴾ هو كما لو قضاه اجنبي المعلوم حكمه بأنه ﴿إن كان بمسألة المحال عليه ، رجع عليه ، وإن تبرع ، لم يرجع ويبرأ المحال عليه﴾ ضرورة كونه بالحوالة قد برئت ذمته فيكون حينئذ اداؤه كاداء الاجنبي الذي قد علمت حكمه .

﴿ويشترط في المال﴾ المحال به ﴿أن يكون معلوماً﴾ في المشهور على ما اعترف به غير واحد ، بل عن مجمع البرهان لعله لاخلاف فيه ، بل في المحكي عن التحرير يجب ان يكون معلوماً ، فلا يصح بالمجهول اجماعاً بل في مفتاح الكرامة «لم نجد المخالف» و إنّما ذكرت الصحة مع الجهل احتمالاً في التذكرة و المسالك و مجمع البرهان ، نعم لم يذكر هذا الشرط في عداد الشرائط في الوسيلة و الغنية و غيرهما ، ولعله وإن أمكن أن يكون ذلك لمعلوميته ، إلاّ أن الإنصاف عدم خلوه عن الإشكال إن لم يتم الإجماع المزبور ، خصوصاً على ما يظهر من قواعد الفاضل ، من اعتبار علم الثلاثة ، ضرورة عدم الدليل عليه إلاّ دعوى الغرر الذي لم يثبت مانعيته على الاطلاق ، حتى لو قلنا بأن الحوالة اعتياض ، فإنه أيضاً لم يثبت مانعيته في مطلق المعاوضة .

وأما على القول بأنها استيفاء فقد قيل : إنه لايمكن استيفاء المجهول ، ومنعه واضح ، خصوصاً بعد ما عرفت من صحة ضمان المجهول ، ويلزم ممّا تقوم به البينة ، والأولى إحالة ذلك على ما سمعته في الضمان ، خصوصاً في الحوالة على البرئ التي هي شبيهة به ، وخصوصاً مع فرض امكان اندفاع الجهالة بعد ذلك بالرجوع إلى دفتر ونحوه ، أو كانت الجهالة في خصوص المقدار مع العلم بعدم زيادته عن مأة مثلاً ، وعد

نقصانه عن عشرة ، على أن الحوالة به على جهالته تقتضي ثبوته في ذمة المحال عليه ، نحو ما كان في ذمة المحيل ، فيرجع معه إلى الصلح ونحوه نعم يتم ذلك في الجهالة بسبب الابهام كالحوالة بأحد الدينين على حسب ما عرفته في الضمان فلاحظ وتأمل والله العالم .

وكذا يعتبر فيه أن يكون ﴿ ثابتاً في الذمة ﴾ أي ذمة المحيل ، ولو متزلزلاً فلا حوالة في غير الثابت فيها ، و إن وجد سببه كمال الجعالة مثلاً قبل العمل ، بناء على عدم ثبوته في الذمة قبله ، فضلاً عما لم يوجد سببه كالحوالة بما سيستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان ، بل في بطلان الحوالة في المتزلزل حينها بالفسخ بعد ذلك نظر ، وإن وجب عليه دفع الثمن مثلاً من غير ذلك .

نعم تصح الحوالة بالثابت في الذمة ﴿ سواء كان له مثل كالطعام ، أولا مثل له كالعبد والثوب ﴾ لاطلاق الادلة و عمومها ، من غير فرق بين الحوالة به على مشغول الذمة بمثله وصفاً و جنساً أو على بريء خلافاً للمحكي عن الشيخ في أحد قوليه و ابن حمزة فمنعا من الحوالة بالقيمي ، للجهالة ، وضعفه واضح ، بعد معلومية صحة السلم وغيره فيه ، باعتبار انضباطه بالوصف فمع فرض اشتغال ذمته بعبد موصوف مثلاً بماله في ذمة آخر ، أو كان بريئاً وأراد اثباته في ذمته على نحو ما كان عليه بطريق الحوالة أو الضمان لم يكن وجه للاشكال في صحته .

كما لا وجه للاشكال في صحة ذلك لو فرض كون الثابت في الذمة قيمة القيمي باتلاف و نحوه ، ضرورة كون الحوالة حينئذ بالقيمة التي هي مثلية ، فليس حينئذ للجهالة التي ذكرها محل حتى مع فرض تعذره الموجب للرجوع الى القيمة كالمثلي ، بل لا يبعد إن لم يكن اجماعاً جواز الحوالة بالاعمال على البريء أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها ، بناء على أنها بحكم المال ، بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع وعوضاً للخلع ومهراً في النكاح من غير فرق بين كون المراد منها الثواب أو غيره ، و حينئذ فيصح إحالة مشغول الذمة بقراءة القرآن وزيارة ، أو صلاة ، أو حج أو غير ذلك على بريء أو على مشغول الذمة له بمثل ذلك ، وكذا يصح ضمانه ، لكن لم أجد مصرحاً به ، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف .

﴿و﴾ كيف كان فعن الشيخ في أوّل الباب من المبسوط ، وابني زهرة وحمزة والقاضي أنه ﴿يشترط﴾ في صحة الحوالة ﴿تساوي المالين﴾ أي المحال به والمحال عليه ﴿جنساً﴾ ونوعاً ﴿و وصفاً﴾ بل لعله ظاهر النافع وغيره مما عرّف فيه الحوالة بتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله ، بل عن التذكرة من مشاهير الفقهاء وجوب التساوي في الدينين ، للاصل بعد عدم إطلاق في نصوص الباب يوثق به في تناول المفروض ، ولاسيرة كاشفة ولاغيرهما مما يطمئن به .

و«أوفوا بالعقود» قد ذكرنا غير مرّة أن المراد منه بيان لزوم العقود المتعارفة المذكورة في كتب الفقهاء ، فلادلالة فيها على صحة المشكوك فيه من أفراد نوع منها، بعد ان لم يكن في أدلته بالخصوص إطلاق صالح لشموله ، على أن في الحكم بالبطلان ﴿ تفصيا من التسلط على المحال عليه ﴾ بما لم تشتغل ذمته به ﴿ اذلا يجب ﴾ عليه ﴿ أن يدفع إلاّ مثل ماعليه ﴾ وجواز دفع شخص من جنس غيره بالتراضي معاوضة مستقلة أووفاء للادلة الخاصة التي لاتشتمل الحوالة قطعاً ، وإن كان لها حكم الوفاء في بعض الاحوال دون بعض، كما عرفته سابقاً ولعله إلى ذلك يرجع الاستدلال على المطلوب من بعضهم ، بأن حقيقة الحوالة تحويل مافي ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فاذا كان على المحيل دراهم ، وله على المحال عليه دنانير ،كيف يصير حق المحتال عليه دراهم ، ولم يقع عقد يوجب ذلك ، فا ن الحوالة إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه، وأقرضه المحال عليه ، فحقه الدراهم ، لاالدنانير ، و إن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصدها تحصيل ماليس بحاصل ، من جنس مال ، أو زيادة قدر أووصف ، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة ، فاشترط فيها التجانس والتساوي لئلا يتسلط على المحال عليه بما ليس في ذمته ، بتقريب كون المراد أن الثابت من مشروعية الحوالة النقل المزبور والتبديل المذكور ، لاغيره ، وحينئذ لاتقتضي غيره وإن تراضيا ، لان تراضيهما على ما لم يجعله الشارع مقتضى عقد ، لايكون مقتضياً لترتب ذلك عليه و إن قصداه وتراضيا به .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك كله قال المصنف : ﴿ فيه تردد ﴾ بل عن المبسوط في

موضع منه و التذكرة ، و التحرير ، و الحواشي ، و اللمعة ، و التنقيح ، و إيضاح النافع ، و جامع المقاصد ، و المسالك ، و الروضة ، و مجمع البرهان ، و المفاتيح ، اختيار الجواز .

بل في المسالك «أنه إن اشترطنا رضى المحال عليه وجوزنا الحوالة على البرىء فلاوجه للمنع أصلاً ، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس لتصح ، فاذا كان ورضي تعين الجواز ، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة ، لأن الحوالة إن كانت استيفاء كما هو الظاهر ، فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي ، و إن كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوضة على المختلفين ، وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض حيث يعتبر فيه . نعم قد نقول هنا مع جواز الحوالة على البرىء أن الحق لم يتحول إلى الدنانير ، و إنما لزم المحال عليه للمحتال دنانير ، و بقيت الدراهم في ذمته للمحيل ، فيعتبر في التقاص تراض جديد ، وهذا أحسن ، إلّا أن الاول أجود ، لحصول التراضي سابقاً على تحول الحق إلى ما في ذمة المحيل ، وحينئذ فالتسلط الذي هربوا منه انتفى منعه بالتراضي * ثم قال * : و قد تحرر من ذلك أن القائل بعدم صحة ذلك لايتم له مطلقا ، إلاّ أن يقول بعدم جواز الحوالة على البرىء وإلاّ صحت الحوالة هنا ، إلا انها تكون كالحوالة على من لادين له عليه ، لأنها تقع باطلة مطلقا ، إذ لاتقصر عن تلك ، و أن القائل بعدم اعتبار رضى المحال عليه ، لايتجه له القول هنا بالصحة ، سواء تحول الحق إلى جنس المحال به ، أم بقي كل واحد بحاله، لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي ، فان الاوّل استيفاء من غير الجنس له ، أو معاوضة عليه ، والثاني حوالة على البرىء ، وكلاهما مشروط بالرضا ، نعم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال إلى ما في ذمة المحال عليه إتجه القول بالجواز ، من دون رضى المحال عليه ، وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعاً » إنتهى كلامه و نقلناه بطوله . لأنه أقصى ما قيل في المسألة .

ولكن لايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه من عدم إفادة التراضي بعد فرض عدم اقتضاء مشروعية الحوالة ذلك ، لعدم الدليل ، و ما ذكرناه أيضاً

من أنها عقد مستقل برأسه ، و إن ثبت له بعض أحكام الاداء ، وبعض أحكام المعاوضة، إلاّ أن ذلك لايقتضي ترتب جميع احكامها كما هو واضح .

و أما ما ذكره من بناء المسألة على جواز الحوالة على البرىء ، فهو خارج عن المقام قطعاً ، ضرورة كون المراد الحوالة على نفس الحق المخالف ، لا الحوالة على من عليه الحق ، مع قطع النظر عن ذلك ، و دعوى صيرورتها حوالة على برىء مع فرض قصد الجميع الحوالة على نفس الحق كما ترى .

وبذلك يظهر أن هذه المتعبة التي ذكرها لاطائل تحتها ، وإنما وجه المسألة هو اثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل ، و عدمه ، فبين جازم في الأول ، و جازم في الثاني ، و متردد ، ولاريب في أن مقتضى الاصول العدم ، ولو للشك في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به ، فضلاً عن غيره كما عرفته مفصّلاً ، والاحتياط في ذلك غير خفي ، ولو بأن يقلب حق المحتال إلى جنس ماعليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك ، ثم يحيله عليه أو بغير ذلك .

﴿ ولو أحال ﴾ على محال ﴿ عليه فقبل وأدّى ثم طالب بما اداه ، فادعى المحيل أنه كان له عليه مال ، وأنكر المحال عليه ، فالقول قوله مع يمينه ﴾ لان الاصل البراءة ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ يرجع على المحيل ﴾ بما أدّاه ، و رضاه بعقد الحوالة ، أعم من اشتغال ذمته ، لما عرفت من صحتها على البرىء بل في المسالك ، ومحكي جامع المقاصد و مجمع البرهان أنه كذلك حتى لو اشترطنا في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه .

قال في الاول منها : «تساقط أصلي البراءة وصحة العقد بالتعارض ، فيبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل باذنه ، فيرجع عليه ، ولايمنع وقوع الإذن في ضمن الحوالة الباطلة المقتضي بطلانها لبطلان تابعها ، لاتفاقهما على الأذن ، وانّما اختلفا في أمر آخر ، فإذا لم يثبت ما اختلفا فيه ، يبقى ما اتفقا عليه من الأذن في الوفاء المقتضى للرّجوع ، على أن في زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه هنا يأتي تحقيقها انشاءالله في الوكالة المعلقة على شرط » .

و فيه : أن المتجه تقديم قول المحيل ، مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة

المحمولة على الصحيح، القاطع لأصل البراءة، ولاقتضاء الرجوع بالإذن، ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمة أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة ولكن أحال عليه باذنه لاحقاً أوسابقاً فعن التذكرة ذلك أيضاً، لورود أصل الصحة على أصل البراءة، وانقطاعه به.

لكن قد يناقش بعدم اقتضاء أصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من أركانها، فهي حينئذ صحيحة في حق المحيل والمحال، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعي الصحة منهما، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها، إذ القبول الذي قام به العقد من المحتال لا منه، فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال ذمة الخارج و إن قلنا باعتبار رضاه، وحينئذ فأصل البراءة سالم عن معارضة أصل الصحّة الذي هو في حق المتعاقدين، فيبقى قاعدة احترام مال المسلم الذي لم يتبرع بأدائه بحالها، ولو للاذن في ضمن الحوالة التي هي صحيحة في حق المحيل، باطلة في حق المحال عليه، وليس ذلك من بقاء الاذن الضمني بعد زوال ما ثبت في ضمنه المفروغ من بطلانه حتى في الوكالة المعلّقة على شرط، كما اوضحناه فيها.

ومما ذكرنا يظهر لك وجه النظر فيما ذكروه دليلاً للمسألة، والأولى تقريره بما قلناه، ولعلّه إليه أومأ في جامع المقاصد - في الرد على دعوى تعارض أصلي البرأة والصحة، - بقوله « سيأتي عن قريب بيان عدم الاعتداد بهذا الأصل ». و على كلّ حال فقد يشعر قول المصنف وغيره « فقبل وأدّى » كون الحوالة على البرىء كالضمان في عدم استحقاق الرجوع إلاّ بالاداء، لما عرفته في الضمان الذي يشبهه المفروض فلاحظ والله العالم.

﴿وتصح الحوالة بمال الكتابة﴾ ولو المشروطة ﴿بعد حلول النجم﴾ لثبوته في ذمة المكاتب ﴿وهل تصح قبله؟ قيل:﴾ والقائل الشيخ على ما في المسالك ﴿لا﴾ يصح لجواز تعجيز نفسه، فتنفسخ الكتابة، و قد منعوا ذلك عليه كما تسمعه في باب الكتابة، إن شاء الله، ومع تسليمه فأقصاه كون المال في ذمة العبد متزلزلاً كالثمن في مدة الخيار، و ذلك لا يمنع الحوالة، كما لا يمنع ضمانه.

نعم لوقلنا بعدم اقتضاء الكتابة ثبوت مال في ذمة العبد ـ ، لعدم ذمة اختيارية له ، و إن وجب عليه أداء مال الكتابة إلاّ أنه من التكليف لاالدين ـ اتجه حينئذ عدم صحة الحوالة به ، من غير فرق بين حلول النجم وسابقه ، بل المحكي عن الشيخ عدم الفرق بينهما ايضاً نحوما سمعته في الضمان .

ثم إنه في المسالك بعد أن اختار جواز الحوالة به مطلقا قال : « فعلى هذافلا يعتق العبد بالحوالة لانهاليست في حكم الأداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها ، وان افترقا بكون الحوالة لازمة ، و حينئذ فلواعتق السّيد المكاتب بطلت الكتابة ، و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ، لأن المال صار لازماً للمحتال ، والبطلان طار ، ولايضمن السّيد ما يغرمه من مال الحوالة » .

ولايخفى عليك ما فيه من التفريع أولاً . و إنكار كون التحويل بحكم الاداء ثانيا ، مع أنه اعترف به فيما يأتي بأنها تفيدملك المال للمحتال ، مضافاً إلى اعترافه سابقاً باقتضائها براءة ذمة المحيل مما عليه ، وبراءة ذمة المحال عليه مما كان للمحيل عليه ، لأنها استيفاء أو اعتياض .

وعلى كل حال فهي بحكم الاداء هنا وفي غيره ، بل لعلها كالضمان الذي اعترف بكونه أداء سابقاً أو أولى ، بل اعترف ايضاً بكونها كالاداء فيما لوأحال العبد سيّده ، كما ستسمع ، و عدم بطلان الحوالة على مال الكتابة بعدفرض بطلان الكتابة ثالثاً ، و حينئذ فالمتجه تحريره بذلك ، و بطلان عتق السّيد .

﴿ ولوباعه السيد سلعة فأحاله بثمنهاجاز ﴾ لأن حكم المكاتب بالنسبة الى ذلك حكم الاحرار ، من غير فرق بين سيّده و بين غيره ، خلافاً للمحكي عن الشيخ فمنع جواز شرائه من سيّده ، لجواز فسخ الكتابة الموجب على فرض صحة البيع استحقاق السيد على عبده شيئاً ، بخلاف الأجنبي ، بل في المسالك نسبته الى الشيخ و جماعة و إن كنا لم نتحققه ، بل في قواعد الفاضل أنه الاقرب وهوكما ترى .

﴿ ولوكان له ﴾ أي المكاتب ﴿ على أجنبي دين فاحال ﴾ سيّده ﴿ عليه ﴾ ﴿ ; ﴾ بجميع ماله من ﴿ مال الكتابة ﴾ الذي في ذمته ﴿ صحّ ﴾ لوجود المقتضي

و ارتفاع المانع و ﴿ لانه يجب عليه ﴾ أى المديون ﴿ تسليم ﴾ ما عليـ ﴿ ـه ﴾ من الدين لصاحبه ، أولمن يحيله عليه به ، وكان ذلك اداء منه موجباً لتحريره كما اعترف به في المسالك وغيرها ، سواء أدى المحتال عليه المال للسيد أولا ، بل لو أفلس لم يتغير الحكم . نعم لوكان ما أحاله به دين متزلزل ، ففي نفوذ التحرير أو مراعاته بعدم الفسخ إشكال .

و أما أحكامها : فمسائل

﴿ الأولى : إذا قال ﴾ لمن له عليه دين : ﴿ أحلتك ﴾ بالدين الذى لك على على مالى ﴿ عليه ﴾ من دين ونحو ذلك مما هو صريح في الحوالة فلا اشكال في تقديم قول مدعيها ، امّا لو قال احلتك عليه ونحوه مما هو ليس صريحا فيها ﴿ فقبض فقال المحيل : قصدت الوكالة ، و قال المحتال : انما أحلتني بما عليك ﴾ عن المبسوط ان ﴿ القول قول المحيل ﴾ .

بل في المسالك نسبته الى الشيخ وجماعة ، وان كنا لم نتحققه نعم في قواعد الفاضل انه أقرب ﴿ لأنه أعرف ﴾ بما قصد ﴿ بلفظه ﴾ إذ لا يعلم إلا من قبله ، مضافاً إلى أصالة بقاء المال ملكاً للمحيل ، وبقاء حق المحتال في ذمته ، وتعارف عقد الوكالة بنحو ذلك ، كتعارف اسم التحويل على الوكيل الذي لا دين له ، خصوصاً إذا كان المراد الاذن في القبض له لا للموكل .

﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، و من أن الاصل ارادة الحقيقة التي هي الحوالة بالمعنى المتعارف ، بخلاف الوكالة ، و إن صح عقدها بلفظ التحويل بالقرينة ، بل في جامع المقاصد ومحكي التحرير ترجيح قول المحتال ، لأنه الموافق للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة ، والالزم الاغراء بالجهل ، بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الأبواب من بيع ، أو صلح و إقرار و نكاح وغيرها ، فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للأصل يكلف بالبيّنة وأما الأصلان

المزبوران فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك ، بل لوسلم تعارض الأصول كان مقتضى اليد كافياً في ذلك ، لأن الفرض أنه قبض .

و في المسالك « هذا التوجيه حسن لوسلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة ، لكنه محلّ نظر ، لان الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدلّ على الأذن بطريق الحقيقة ، و كان معنى الحوالة مؤدياً لذلك ، لأن معنى أحلتك كما يحتمل ارادة تحويل المال من ذمة إلى ذمة ، يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال ، ففائدتها تسليطه على المحال عليه ، أو نقول إن دلالتها على الاذن للمحتال حاصلة على التقديرين ، وانما الكلام في معنى الزائد على الأذن ، وهو تحويل الحق

﴿ ثم قال ﴾ : و كون المراد منها الحوالة بالمعنى المتعارف أظهر ، لاشبهة فيه لكنه لايدل على مجازية الأخر ، لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد به أحد معانيه بقرينة ، وإلاّ فمرجع الأمر إلى أنه هل هو من باب الحقيقة ، أو المجاز ، أو من باب المشترك الذي دلت القرائن على إرادة أحد معنييه ، وتظهر الفائدة في كون الآخر حقيقة ، أو مجازاً و بواسطة ذلك يختلف الحكم » .

ثم استشعر بأن التبادر علامة الحقيقة ، وعدمه علامة المجاز ، ولاريب في تبادر المعنى المتعارف من لفظ الحوالة ، بخلاف الوكالة المحتاجة إلى القرائن ، و أجاب بأنّ هذه العلامة لاتتم في المشترك الذي يتبادر إلى الذهن أحد معنييه مع القرينة ، مع أنه حقيقة في الفرد الآخر أيضاً .

ثم استشعر بأن الحوالة في الفرد المتعارف حقيقة شرعية ، وفي الوكالة حقيقة لغوية ، وعند التعارض تقدم الاولى ، خصوصاً مع اعتضادها بالعرف المقدم على اللغة أيضاً ، ثم أجاب بأنها في الوكالة أيضاً حقيقة شرعية ، و إن وافقتها اللغة ، وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنيي المشترك ، وهو لايخرج الفرد الآخر عن الحقيقة .

ثم استشعر بأن من المعلوم أولوية المجاز من الاشتراك عند التعارض ، وأجاب بمنع ذلك أو لا ، بل قد قال جمع من المحققين بأولوية الاشتراك و بتسليمه ثانياً و

ولكن إذا لم يثبت ، وقد أثبتناه ، ثم قال ماحاصله: أنه وإن كان الظاهر من معنيي المشترك في المقام المعنى المتعارف ، إلا أنه يرجع الامر إلى تعارض الأصل ـ الذي هو بقاء حق المحيل والمحتال ـ والظاهر ، فإن قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم ، فالقول قول المحيل ، كما اختاره المصنف وجماعة ، وإن قدمنا الظاهر ، فالقول قول المحتال إلى غير ذلك مما اطنب فيه .

و هو كما ترى ، بل ماكنا لنؤثر وقوع ذلك منه ، ضرورة أنه لم يذكر دليلاً صالحاً للاشتراك ، فإن وقوع الوكالة بكل لفظ يدل على الإذن حقيقة ومنه الحوالة لا يقتضي ذلك ، كما أن دلالتها على الإذن للمحتال بطريق الحوالة كذلك ايضاً ، للقطع بكونها إسماً للعقد المخصوص ، ومن هنا لايحتاج انشاؤه بها إلى قرينة تدل على ذلك .

و أغرب من ذلك انكار كون التبادر علامة للحقيقة ، محتجاً عليه بما عرفت ، مع أن من المعلوم ارادة التبادر من حيث اطلاق اللفظ ، لامع القرائن ، ولاريب في أن المشترك مع عدم القرينة يتبادر جميع معانيه ، وهو علامة كونه حقيقة فيها ، وتبادر بعضها خاصة بالقرينة لاينافي ذلك .

و أغرب منه جميع ما ذكره من الحقيقة الشرعية واللغوية والعرفية ، و أغرب منه قوله تعارض الأصل ، والظاهر ، مع أن المقام ظاهر لفظ لايعارضه الأصل ، و بالجملة هو رحمه الله و إن اطنب في ذلك لكن بما لاينبغي صدوره منه ، والتحقيق ما عرفت هذا كله مع القبض .

﴿ أما لو لم يقبض واختلفا فقال : وكلتك فقال : بل أحلتني فـ ﴾ في المتن أن ﴿القول قول المحيل قطعاً﴾ كما في القواعد لكن لايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرنا ، ضرورة أن عقد الحوالة من العقود اللازمة المقتضية تملك المحتال المال المحال به ، وانعزال المحيل عنه على وجه لو أراد إبداله لم يكن له ، لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم ، وحينئذ فلايتفاوت الحال بين القبض و عدمه ، لانه استيفاء يترتب عليه الملك و إن لم يحصل القبض ، إلا أنه لاينكر ظهور قطع المصنف هنا ، و تردده

في الصورة السابقة في ان منشأ ذلك القبض و عدمه ، و كان الوجه فيه ما أومانا اليه من تحقق ضابط المنكر في صورة القبض ، و هو ما لوترك ، لترك ، وكونه صاحب يد، فمن ذلك مع موافقة قول المحيل للأصول السابقة حصل التردد ، بخلاف صورة عدم القبض ، فإنه لايد له ، ولا الضابط المزبور ، فانحصرضابط الانكار حينئذ في المحيل ، و هو جيد إن لم يكن ثم ظهور فيما جرى بينهمامن لفظ احلتك في الحوالة ، ولو لتعارف إطلاق نحو ذلك في انشاء عقد الوكالة ، كما أن من المتعارف اطلاق التحويل على وكالة من لم يكن له دين على من عليه ، و خصوصاً اذا كان المراد تحصيل ذلك له لا للموكل .

ومن هنا قد يتوقف في الحكم على المحيل بشغل الذمة للمحتال لوفرض كون النزاع بينهما في ذلك مع اتفاقهما على صدور اللفظ المزبور بينهما ، و إن كان الأرجح مع فرض عدم ظهور اللفظ تقديم قول المحيل الموافق للاصول واليد ، وضابط المنكر إنما تجدى مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل ، كما هو المفروض .

نعم لو كان ابراز الدعوى بأن يقول المحيل وكلتك ، و الآخر يقول في جوابه لاحق لك عندى ، إتجه حينئذ تقديم قوله عليه كما هو واضح .

ومن هنا يظهر لك أن القول قول المحيل على كل حال ، بعدفرض كون جواب المحتال أنك أحلتني ، و فرض عدم ظهور ما اتفقاعليه من جريان لفظ أحلتك بينهما في الحوالة ، وإلا كان القول قول المحتال ، تقديما لظاهر اللفظ القاطع للاصول بذلك.

﴿ ولو انعكس الفرض ﴾ بأن قال المحتال : وكلتني و قال المحيل : حولتك، بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة بينهما ﴿فالقول قول المحتال ﴾ عند المصنف، سواء كان قابضاً أو لا ، لموافقته للأصول ، لكن قد عرفت أن الأرجح كون القول قول المحيل ، ترجيحاً للموافقة لظاهر اللفظ ، القاطع للأصول الذي هو أصل مقدم على ذلك .

نعم لو لم يكن ثم لفظ قد جرى بينهما ، و ادعى أحدهما الوكالة ، والآخر الحوالة كان القول قول من نفى الحوالة ، ثم لايخفى عليك أنه إن قدمنا قول المحتال

في المسألة الاولى ، فان كان قد قبض برأت ذمة المحيل منه مقدار ذلك ، لأخذه بزعمه منه قهراً فيقاصه قهراً ، وكذا برأت ذمة المحال عليه إن كانت مشغولة ، لثبوت الحوالة ظاهراً ، و إن كان لم يقبض فله المطالبة .

ولكن هذا كله إذا حلف ، و إن نكل حلف المديون ، وبطلت الحوالة ، و إن قدمنا قول المحيل ولم يكن قد قبض المحتال ، بطلت وكالته بانكاره ، بناء على اقتضاء ذلك بطلانها وحوالته بحلف المديون . و هل له أن يطالب المديون حينئذ بحقه ؟ لبقائه بزعم المديون حينئذ في ذمته ، أولا لزعمه أن لا حق له على المديون بالحوالة وأن حقه على المحال عليه وجهان ، و إن كان قد قبض وكان المقبوض باقياً فعليه تسليمه للمحيل ، ولكن الظاهر أن له مطالبة المحيل هنا ، لأنه إن كان وكيلاً فحقه باق على المديون ، وإن كان محتالاً فقد استرجع المحيل ماله منه ظلماً ، فله الرجوع عليه ، و بذلك افترقت هذه الصورة عن صورة ما لم يقبض .

ولو كان المقبوض تالفاً ، فا ن كان تلفه بتفريط أو تعد ضمنه للمحيل ، ولكن يرجع عليه لما عرفت ، و إن كان بغير تفريط ففي ضمانه له وجهان ، ينشآن من أنه وإن كان وكيلاً ظاهراً إلا أنه قبض المال لنفسه باعترافه ، وهو جناية يضمن بها و من أنه إما وكيل بزعم المحيل ، فلا يضمن المال إذا لم يفرط ، أو محتال فهو ماله ، وحينئذ فليس له مطالبة المحيل بحقه ظاهراً ، وان كان بزعمه بقاؤه لاعترافه باستيفاء حقه كما هو واضح .

و أما إن قدمنا قول المحتال في المسألة الثانية ، وحلف ، فا ن لم يكن قد قبض المال فليس له قبضه ، بناء على انعزاله عن الوكالة بذلك ، وله مطالبة المحيل بحقه ، وهل للمحيل الرجوع على المحال عليه بعد أدائه للمحتال ؟ وجهان ، من اعترافه بتحول ما كان عليه إلى المحتال ، و من أن المحتال إن كان وكيلاً فا ذا لم يقبض بقي حق المحيل ، وإن كان محتالاً فقد ظلم المحيل بأخذ المال منه ، وما على المحال عليه حقه فللمحيل أن يأخذه عوضاً عما ظلم به ، وإن كان قد قبض المال فقد برأت ذمة المحال عليه إن كانت مشغولة على كل حال .

ثم إن كان المقبوض باقياً ردّه عليه ، وطالب بحقّه ، وكان للمحيل أخذه مقاصّة و في المسالك « ففي جواز تملكه له أو وجوب ردّه على المحيل وجهان ، مأخذهما أنه حبس حقّه و صاحبه يزعم أنه ملكه ، واعترافه بأنه ملك المحيل ، و أنه المخيّر في جهة الأداء ، والاوّل أجود ، وفيه : أن المتّجه له بالحكم الظاهر ما ذكرناه كما هو واضح.

وإن كان تالفاً بتفريط ، او تعدّ فله المطالبة أيضاً بحقه ، و إن ضمنه للمحيل عترافه ، بل له أخذه منه مقاصّة بعد دفع حقه اليه ، وإن لم يكن بتفريط لم يضمنه كان له المطالبة بحقّه ، لكن في المسالك « في ضمانه وجهان ، مأخذهما ثبوت وكيلاً ظاهراً ، فيده يد أمانة ، و أنه لايلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ، ليسقط عنه الضمان ، لان يمينه على نفي مايدعيه المحيل ، لاعلى اثبات مايدعيه » و فيه : أن عدم ضمانه لاتفاقهما على عدم كون يده يدعدوان ، والأصل البراءة، وإن قدّمنا قول مدعي الحوالة حلف وبرىء من دين المحتال ، و في المسالك « و كان للمحتال مطالبة المحال عليه ، إمّا بالحوالة أو بالوكالة ، و يملك ما يأخذه إمّا قصاصاً على زعمه ، أو لانه عين حقه كما اقتضاه الظاهر » و فيه : أنه لايجديه الظاهر بعد اعترافه بكونه غير حقه . نعم بناء على استحقاقه له باعتبار أخذ المحيل ما في ذمته عوضاً عن ذلك توجّه له المطالبة به ، كما تقدّم نظيره في المسألة السابقة ، بل يأتي أيضاً الكلام في المباحث الاتية وإلا فلاوالفرض انعزاله عن الوكالة بانكارها .

﴿المسالة الثانية﴾ قال الشيخ في المبسوط: «إذا كان له على اثنين ألف درهم ، وكل منهما كفيل ضامن عن صاحبه ، فطالب أحدهما بالألف فأحاله بها على آخر برىء المحيل وصاحبه من الألف ،لأن الحوالة بمنزلة البيع المقبوض ،وإذا قضى دينه برىء ضامنه ، وإذاقضى ما ضمنه برىء من عليه الدين ، وهو المضمون عنه ، فيجب أن يبرأ صاحبه من خمسمأة التي عليه ، لأنه قضاها ، و من خمسمأة الضمان ، لأنه قضاها عن المضمون عنه ويرجع عليه بخمسمأة الضمان ان ضمن باذنه ، والاّ فلا ، ولو كان له

على رجلين ألف ولرجل عليه الف ، فأحاله بها على الرّجلين و قبل الحوالة كان جائزاً ، فان كان كل واحد منهما ضامناً عن صاحبه فأحاله عليهما لم تصح الحوالة ، لأنه يستفيد بهامطالبة الأثنين كل واحد منهما بالألف ، وهذا زيادة في حق المطالبة بالحوالة ، و ذلك لا يجوز ثم قال - وقيل: يجوز له أن يطالب كل واحد منهما بالألف، فاذا أخذه برىء الآخر و هذا قريب » و أورد عليه في المختلف بأن الضمان عندنا ناقل ، فاذا ضمن كل واحد منهما نصف الألف عن صاحبه فلايخلو المضمون له ، إمّا إن يرضى بضمانهما معاً أو بضمان أحدهما خاصة ، أولايرضى بشيء منهما ، فان رضي بهما معاً أولم يرض بشيء منهما ، لم يكن له مطالبة كل واحد منهما بأكثر من النصف ، أما على تقدير عدم الرضا فظاهر ، وأما على تقديره فلانتقال ما في ذمة كل منهما إلى الآخر ، فيبقى كما لو لم يكن ضمان ، وليس له على تقدير الرضا مطالبة كل واحد منهما بالألف ، لأن الضمان عندنا ناقل ، و إنما يتأتى المطالبة على قول المخالفين ، لأن الضمان عندهم غير ناقل ، و أما إذا رضي بضمان أحدهما خاصة ، فانه يطالبه بالألف خاصة ، وليس له على الآخر سبيل » .

قلت : يمكن حمل كلام الشيخ على إرادة الكفالة من الضمان ولعلّه إلى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ إذا كان له دين على اثنين ، وكل منهما كفيل لصاحبه ، وعليه لآخر مثل ذلك ، فأحاله عليهما صحّ ، وإن حصل الرفق في المطالبة﴾ على معنى انتقال حق الكفالة بالحوالة ، ولايقدح اقتضاؤها حينئذ حقاً لم يكن في الدين الذي على المحيل ، لاطلاق أدلّتها ، وحينئذ للمحتال المطالبة بحق الكفالة الذي قد يؤول بتعذر المكفول مثلاً إلى المطالبة بالدين ، كما ستعرف انشاء الله .

و من الغريب ما في المسالك ، فانه بعد أن ذكر نحو ما سمعته من المختلف مقدمة للمسالة : قال « الشيخ ذكر هذه المسالة في المبسوط ، وحكم فيها بعدم الصحة، معلّلاً بزيادة الارتفاق ، و هذا لا يتم إلا على القول إن الضمان بمعنى الضم ، كما قد بيّناه ، إذ على تقدير النقل لم يستفد زيادة ارتفاق ، بل يبقى الحكم كما كان ، ومع ذلك فهو موضع نظر ، لأن هذا الارتفاق لايصلح للمانعية ، والمعروف من مذهبنا هو

النقل ، فالبحث كلّه ساقط ، والمصنف وافق الشيخ على تصوير المسألة التي لاتتم إلا على القول بالضم ، و هو لايقول به ، و خالفه في الحكم ، وحكم بالصحة فيها منبّهاً على أن الرفق المذكور غير مانع ، بقوله و إن حصل الرفق في المطالبة ».

والظاهر أن المصنف لم يذكر المسألة إلا على وجه التفريع ، والتنبيه على أن ما حكم به الشيخ لايتم وإن بني على ذلك الأصل ، نظراً إلى أن زيادة الرفق لاتمنع كما لو أحال على من هو أكثر ملاءة ، وأما ماذكر الشيخ لها ، فيشعر بذهابه إلى كونه الضم ، إذلايتم إلا عليه ، و المصنف قد لوّح في المسألة الخلاف في موضعين ، أحدهما قوله «على قول مشهور لنا» والآخر «على القول بانتقال المال» كما نبهنا عليه في الموضعين إذ هو كما ترى لاينبغي صدوره منه ، فإن حمل كلام المصنف على ماذكر مع عدم اشعار في شيء من كلامه بذلك ، أشبه شيء بالمعمّى بل أعظم ، كما أن حمل كلام الشيخ على كون ذلك مذهباً له - و أن المصنف أشار الى ذلك بما سمعت - من الذي ينبغي الاستغفار منه ، على أن المذكور في كلام المصنف لفظ الكفالة التي لاداعي إلى ارادة الضمان منها ، خصوصاً بعد ما أومأ إلى وجه المنع ، بأن الحوالة لم يثبت من الشرع مقتضى لها إلا نقل المال إلى المحتال لا غير ، فترتب تعدد المطالبة لانتقال حق الكفالة بها مع أنه لم تنقل الا الدين الخالي عن ذلك - ممّا يمكن الشك فيه ، بل منعه ، ضرورة مساواته للمنع من تغيير جنس الدين ووصفه بها ، كما سمعته سابقا في اشتراط المساواة بل لعل المقام أولى باعتبار أن الكفالة قد كانت من حيث كون الاول صاحب الدين، والغرض حصول الوفاء بالحوالة ، فترتفع الكفالة لأنها تنتقل إلى آخر وكذا لو كان عليه رهن .

ولعلّه لذا جزم في القواعد ومحكي التذكرة والحواشي وجامع المقاصد بعدم انتقال حق الكفالة لو انتقل الحق عن المستحق ببيع أو إحالة وغيرها ، بخلاف الإرث و إن كان هو لايخلو من نظر ، خصوصاً مع التصريح بذلك ، و فرض رضى الكفيل ولعلّ ذلك كاف في تصوير مسألة المتن ، و إن كان الاصحّ خلافه ، لأن ذلك من موانع الدين الذي نقل بالحوالة ، لامن آثارها و مقتضياتها ، بل لعلّ الرهانة أيضاً

كذلك للاصل و غيره والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة: إذا أحال المشتري البايع﴾ مثلا ﴿ بالثمن ﴾ كله أوببعضه ﴿ ثم ردّ المبيع بالعيب السابق ﴾ أو اللاحق في الثلاثة مثلاً أو بالاقالة أو غيرذلك مما يقتضى الفسخ من حينه ﴿بطلت الحوالة﴾ عند الشيخ في المحكي عن المبسوط قيل : و إليه يرجع ما في الايضاح ، و جامع المقاصد ، وعن مجمع البرهان أنه أقوى ﴿ لانها تتبع البيع ﴾ في ذلك .

وفي القواعد بطلت إن قلنا أنها إستيفاء ، فإذا بطل الاصل بطلت هيئة الارفاق كما لواشترى بدراهم مكسرة فاعطاه صحاحا ثم فسخ ـ فانه يرجع بالصحاح ، و إن قلنا أنها اعتياض لم تبطل ، كما لواستبدل عن الثمن ثوبا ثم ردّ بالعيب ، فإنه يرجع بالثمن لاالثوب .

ولعلّه للتردد في ذلك قال المصنف: ﴿و فيه تردد ﴾ كما عن الارشاد ، بل قيل: وكذا التحرير والتذكرة و غاية المراد و غيرها ، حيث لاترجيح فيها لكن قد يقال : إن أصالة اللزوم و عقدها واستصحابه يقتضى عدم البطلان ، وهي من توابع البيع ، بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذى هو أحد أركانه ، لامن توابعه في البطلان ، إذ هي عقد مستقل برأسه ، وإن قلنا أنها استيفاء لكنه بعقد لازم ، فلاينفسخ بانفساخ العقد ، بخلاف ما لوكان بدفع و نحوه ، من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم ، بل هو من توابع التملك بالبيع المفروض انفساخه ، فيتّبعه ، بخلاف المفروض الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع ، وهو الحوالة فلاوجه لانفساخها بانفساخه بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذ ، بل لافرق في ذلك بين قبض المحتال ما احيل به وعدمه ، وإن جعل النظر والاشكال في محكي التحرير فيما إذا ردّ قبل القبض ، وحينئذ فللمشترى الرجوع على البايع خاصة ، بل لوكان قابضاً لايتعين له المقبوض ، بل الظاهر أن للمشترى الرجوع على البايع ، و إن لم يقبض ، لأنها بحكم الوفاء بالنسبة إلى ذلك .

وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من أن الحوالة كالقبض ، ولهذا لايحبس

البايع بعدها السلعة ، ومن أن التغريم للمقبوض ، ولم تحصل حقيقة ، بل قال فيها أيضاً: فإن منعنا الرجوع فيجعل له مطالبته بتحصيل الحوالة ؟ إشكال من توقف مطالبته بحقه على ذلك ، و من أن المال مال غيره ، والناس مسلطون على أموالهم ، و هذا حاصل ما أطنبوا في وجهه .

ولكن مقتضى أحد طرفي الاشكال الأوّل والثاني تعطيل حق المشتري إذا فرض توقف رجوعه على القبض الذي للبايع تأخيره وعدم المطالبة به لتسلط الناس على حقوقها ومن ذلك يعلم ان المتجه ثبوت الرجوع له وإن لم يقبض ، لأنها أي الحوالة بحكم الأداء بالنسبة إلى ذلك، وليس له مطالبة المحال عليه ، لعدم الحقّ له ، هذا كلّه على تقدير الصحّة .

وأمّا على تقدير البطلان ﴿فان لم يكن﴾ اى ﴿البايع قبض المال فهو باق في ذمته﴾ أي المحال عليه ﴿ للمشترى﴾ لان الفرض انفساخ البيع وانفساخها ، وليس للبايع بعد ذلك قبضه ، فلو فعل لم يقع عن المشترى ، لبطلان الاذن له في ذلك ، لبطلان الحوالة ، وإن احتمل بقاء الاذن الضمني وان بطلت كالوكالة والشركة ، ولكن مع كون الحكم في المقيس عليه ممنوعاً كما تعرف في محله ـ قياس مع الفارق .

﴿ و إن كان البايع ﴾ قد ﴿ قبضه فقد برء المحال عليه ﴾ للدفع بالاذن ، ﴿ ويستعيده المشترى ﴾ حينئذ ﴿ من البايع ﴾ فليس له ردّه على المحال عليه ، بلاخلاف أجده بين من تعرّض له ، لكن قد يناقش بأن مقتضى بطلان الحوالة عود المال إلى صاحبه ، فلايتوجه للمشتري حينئذ المطالبة به للبايع ، هذا كله في احالة المشترى للبايع بالثمن .

﴿ أمّا لو أحال البايع أجنبيا ﴾ له عليه دين ﴿ بالثمن ، على المشتري ، ثم فسخ المشترى بالعيب ﴾ السابق ﴿ أو بأمر حادث ﴾ يقتضي الفسخ من حينه ، ﴿ لم تبطل الحوالة ﴾ بلاخلاف بل عن شرح الارشاد للفخر ، الاجماع عليه ﴿ لأنها تعلقت بغير المتبايعين ﴾ والاصل فيها اللزوم فهو حينئذ كما لو اشترى بالثمن ثوبا فان فسخ البيع لايقتضي استحقاق الثوب ولافسخ عقد شرائه ، بل له مثل ثمنه أو قيمته .

﴿ولو ثبت بطلان البيع﴾ من أصله لا من حينه ﴿بطلت الحوالة في الموضعين﴾ لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وإن قلنا بجواز الحوالة على البرىء، فإن الفرض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه، كما هو واضح، فالمال المقبوض حينئذ، باق على ملك المشتري وله الرجوع به مع تلفه على المحتال و على البايع، والله العالم.

﴿القسم الثالث﴾

﴿في الكفالة﴾ بالفتح، ولاريب في أنها من العقود الصحيحة، بل في محكي التذكرة أنها كذلك عند عامة أهل العلم، ولكنها مكروهة، بها هلكت القرون الأولى وهي خسارة، وغرامة وندامة، والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، والبحث في أنها نفس العقد، أو أثره، و في خصوص الالفاظ والمعاطاة فيها على نحو ما تقدم في البيع وغيره، و كذا اعتبار المقارنة بين إيجابها وقبولها، والعربية ونحوها مما يعتبر في العقود اللازمة.

لكن في محكي التحرير زيادة غالبا، ولعله لصحة كفالة الأعيان المضمونة عنده، أو الاعيان التي يراد الشهادة على عينها كذلك، كما صرح به بعضهم، فجوز كفالة الدابة و الكتاب و غيرهما، للشهادة على أعيانها، بل ربما احتمل ذلك في عبارة القواعد الآتية، ولكن لايخلو من نظر أومنع، ضرورة الشك في تناول الأدلة لمثله، والأصل عدم ترتب الاثار بل الظاهر اختصاص النفس بالآدمي لا الدابة ونحوها وفي محكي التذكرة الضابط في ذلك أن نقول حاصل كفالة البدن التزام احضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء يستحق احضاره بحق الكفالة ببدنه، ونحوه عن المبسوط، وظاهرهما اختصاص موردها بما ذكرناه.

ولكن في القواعد « تصح حالة ومؤجلة على كل من يجب عليه الحضور بمجلس الحكم من زوجة يدعي الغريم زوجيتها، أو كفيل يدعي عليه الكفالة، أوصبي أو مجنون، إذ قد يجب إحضارهما للشهادة عليهما بالاتلاف، وبدن المحبوس لامكان

تسلمه بأمر من حبسه ، ثم يعيده إلى الحبس ، أو عبداً آبق أو من عليه حق الآدمي من مال أو عقوبة قصاص - إلى أن قال - ولا يصح على حد الله تعالى ، والأقرب صحة كفالة المكاتب ومن في يده مال مضمون ، كالغصب والمستام وضمان الأعيان المغصوبة فإن رد برء ، وإن تلف ففي الزامه بالقيمة وجهان ، الأقرب العدم ، كموت المكفول ، دون الوديعة ، والأمانة ، وتصح كفالة من ادعى عليه ، و إن لم يقم البينة بالدين ، و إن جحد ، لاستحقاق الحضور ، والكفالة ببدن الميت ، إذ قد يستحق احضاره للشهادة على صورته » ولكن لا يخفى عليك النظر في جملة من ذلك .

وعن فخر الإسلام « الكفالة من مذهبنا إنما تصح بشرط أن يكون على المكفول للمكفول له حق شرعي ، والحق أعم من أن يكون ديناً أو عيناً ، وقيل: كل من يستحق احضاره إلى مجلس الشرع فإنه تصح كفالته » .

قلت : فعلى الاخير وهو الصحيح تصح الكفالة بمجرد الدعوى ، دون الأول . وعلى كل حال فالمتيقن من مورد الكفالة التعهد باحضار النفس المستحق عليها بذلك بسبب حق ولو دعوى المكفول له عليها نعم لا تصح في الحدود للاجماع المحكي عن التذكرة على ذلك ، ولقوله ﷺ في المروي من طرق الخاصة والعامة [١] « لا كفالة في حد » وربما تسمع لبعض المسائل المزبورة في المباحث الآتية تتمة انشاء الله ﴾ .

﴿ و ﴾ يتم عقدها بالايجاب من الكفيل والقبول من المكفول له ، و من هنا لم يكن اشكال بل ولا خلاف في أنه ﴿ يعتبر رضا ﴾ هما أي ﴿ الكفيل والمكفول له ﴾ بل الاجماع بقسميه مضافاً إلى معلومية عدم الالتزام بحق من دون رضى الطرفين ﴿ دون المكفول ﴾ الذي هو بمنزلة المضمون ﴿ عنه ﴾ بالنسبة إلى ذلك عند المشهور .

بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، لعموم « أوفوا » بعد تناول إطلاق الكفالة لذلك ، ولأن غاية الكفالة هي احضار المكفول حيث يطلب ، و من المعلوم أنه يجب الحضور عليه متى طلبه المكفول له بنفسه ، أو وكيله ، والكفيل بمنزلة الوكيل الذي لا يشترط في وكالته رضى الموكل عليه .

---

(١) الوسائل الباب -١٦- من أبواب احكام الضمان الحديث ١ - ٢

و قد يناقش بمنع تناول اطلاق الكفالة المحتمل اعتبار رضى المكفول عنه في تحقق مسماها ،كرضى المكفول له ، وما في المسالك وغيرها ـ من أنه على تقدير اعتبار رضاه ليس على حدّ رضى الآخرين ،بل يكفي كيف اتفق نحو ما سمعته في المحال عليه ـ مجرد دعوى لادليل عليها ولا استبعاد في دعوى تركيب عقدها من قبول الاثنين مع الايجاب من الكفيل ، لأقل من الشك في تناول الاطلاق ، فلا تندرج في « أوفوا » و الأصل عدم ترتب أثر الكفالة ، ولعلّه لذا كان المحكي عن الشيخ والقاضي وابني حمزة و ادريس اعتبار رضاه .

بل عن الفاضل في التحرير أنه قواه ، لاما قيل - من الاستدلال له بأنه إذا لم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل ، فلم يتمكن من احضاره فلاتصح كفالته لانها كفالة بغير المقدور ، و هذا بخلاف الضمان ، لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولايمكن أن ينوب عنه في الحضور ـ إذ هو كماترى مصادرة محضة ، مع أنه ردّه في المسالك و غيرها بأن مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه ، وهو ممنوع لأن المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور ، و إن لم يكن مكفولا اجماعا ، وفائدة الكفالة راجعة إلى التزام الكفيل بالأحضار حيث يطلبه المكفول له ، فإن طلبه منه لايقصر عن توكيله ، وإن لم يطلبه لايجب عليه الحضور معه و إن كان برضاه .

و إن كان قد يناقش بمعلومية زيادة حقّ في الكفالة على الوكالة التى هي غير لازمة للكفالة ، إذ الظاهر أنه متى تعلق حق الكفالة كان له احضاره ، لارادة البراءة من عهدته من دون طلب المكفول له ، كما عن التذكرة ، والتحرير ، وجامع المقاصد ، وابن المتوج الجزم به ، بل عن الكركي أنه قطعي ، و كأن الذي أوقعه في ذلك ما في القواعد «يجب على المكفول الحضور مع الكفيل إن طلبه المكفول له منه ، وإلا فلا إن كان متبرعا وإلا فكالأول ، مع أن المراد منها على الظاهر وجوب الحضور مع الكفيل و إن لم يطلبه المكفول له منه إذا كانت الكفالة بالاذن ، نعم لو كانت تبرّعا لم يجب عليه الحضور ، إلامع طلبه منه» فهو موافق لما قلناه في القسم الأوّل .

و أمّا الثاني ، فقد يناقش بأنه متى صحّت الكفالة تبرعا لحقه حكمها و هو

وجوب الحضور مع الكفيل لـوطلبه ، ولعلّه لان تكفيله يقتضي تسليطه عليه بالاحضار ، أوأن ذلك من أحكامها شرعاً ، ولولا أن التكليف بالاحضار يقتضي تكليف الآخر ، بالحضور ، بل ربما يدعى ظهور أدلة الكفالة في ذلك فلاحظ وتأمل .

إذا تقرر هذا الحصر وجه المسألة حينئذ في أن رضى المكفول شرط ينفى مع الشك فيه بالاطلاق ، أو أنه من أركان العقد على وجه لايتحقق الكفالة بدونه ، ولا أقل من الشك ، والاصل عدم ترتب الأثر ، ولعل الثاني لايخلو من قوة .

ولاينافيه عدم اعتبار رضى المحال عليه لوقلنابه ، ولاعدم اعتبار رضىالمضمون عنه ، لامكان الفرق بتعارف الحوالة على مشغول الذمة بدون رضاه ، على وجهلاشك فيصدق اسم الحوالة عليها عرفاً ، وبمعلومية جوازالتبرع بالوفاء عن المديون،وليس المقام من الثاني قطعا كما لاتعارف في كفالة الغائب علىوجه تندرج فيالكفالة بحيث تدخل في اطلاقها فتأمل جيداً .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ تصح حالة ومؤجلة على الاظهر ﴾ بل لاخلاف فيالثاني، بل في الروضة أنه موضعوفاق علىمعنىالكفالة إلىشهر، فيلزمهاحضاره بعدالشهر نحو الاجل في الدين وغيره أمّا لوقال: كفلته شهرا بمعنى التعهد به في ضمن الشهر ،فعن التحرير صحتها ، وسماهاالموقتة ، ولعلّه لاطلاق الأدلة ، و على المشهور فيالأول بل عن السرائر أنه حق اليقين خلافا للمحكي عن ظاهر الشيخين فيالمقنعة والنهاية وابنحمزة وسلاّر و عنالقاضي في أحد قوليه ، بلعن الآبي فيكشف الرموزالجزمبه.

لكن لم نعرف لهم دليلا نخرج به عن اطلاق الادلة المقتضي عدم الاشتراط ، كما قدمنا نظيره في الضمان ، بل قد تقدم عن ابن ادريس رحمهالله تأويل كلامهم على وجه يرتفع الخلاف به ، و ماذلك إلالضعف القول به ، ودعوى - أن الكفالةلابدّلها منفائدة ، فلو شرعت حالة لكانتخالية عنفائدة ، إذ للمكفول له أن يطلب المكفول من الكافل وقت وقوع الكفالة من غير تربص ، و ذلك يكون عبثاً لا حاصل لها .

﴿ و ﴾ حينئذ ﴿مع الاطلاق تكون﴾ صحيحة ﴿معجلة وإذا اشترط الاجل فلابدّ أن يكون معلوماً ﴾ على وجه لايختلف زيادة ونقصاً ، بلاخلاف نجده فيه

بيننا ، بل لعلّ الاجماع بقسميه عليه في المقام ، وفي غيره من العقود اللازمة حتى القائل فيها للغرر كالصلح و نحوه ، و هو الحجة مضافاً إلى قاعدة الغرر ، بناء على عمومها ، لمثل المقام ، و إلاّ كان الاوّل هو الحجّة ، فما عن بعض العامّة من جواز الجهالة في الاجل هنا قياساً على العارية واضح الفساد ، بعد بطلان القياس ، على أنه مع الفارق بالجواز فيها واللزوم هنا .

و كيف كان فلا اشكال ﴿و﴾ لاخلاف في أن ﴿ للمكفول له ، مطالبة الكفيل بالمكفول عنه عاجلاً إن كانت ﴾ الكفالة ﴿ مطلقة أو معجّلة ، و بعد الأجل إن كانت مؤجّلة ، فإن سلّمه تسليماتامّاً ﴾ بحيث ، يتمكن المستحق منه ﴿ فقد برىء ﴾ مما عليه من حق الكفالة ، وإن لم يتسلّمه منه سواء تمكن من الحاكم أو لا على الأصح بل الظاهر عدم اعتبار الاشهاد في ذلك ، إلا لارادة الاثبات لو أنكر ، وإن كان قد يتوهم ذلك من المسالك وغيرها ، لكن لادليل عليه .

﴿ و إن امتنع ﴾ الكفيل عن ذلك ﴿ كان له حبسه ﴾ عن الحكم بل و عقوبته عليه ﴿ حتى يحضره أو يؤدّي ما عليه ﴾ كما عن النهاية ، والسرائر ، والنافع ، والتحرير ، والارشاد ، والمصنف والروضة ، قال الصادق عليه السلام في خبر عمّار[1] « أتى امير المؤمنين عليه السلام برجل قد تكفل بنفس رجل وقال اطلب صاحبك » وفي خبر الاصبغ ابن نباته [2] «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يحبس ، وقال له : أطلب صاحبك » .

و في خبر اسحاق بن عمار [3] عن جعفر عن أبيه عليهما السلام « أن علياً عليه السلام أتى برجل كفّل برجل بعينه فأخذ بالمكفول فقال احبسوه حتى يأتي بصاحبه » .

وفي خبر عامر بن مروان [4] عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنه اتي برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه ، فقال : أطلب صاحبك » إلا أنها كما ترى ليس في شيء منها التخيير بين الاحضار والأداء كما هو ظاهر الجماعة المقتضي وجوب القبول على

---

(١) (٢) (٣) (٤) الوسائل الباب ـ ٩ ـ من ابواب احكام الضمان الحديث ـ ١ ـ ٢ ـ ٣ ـ ٤ .

المستحق مع بذله ، بل الأوّل خاصة ، و من هنا كان المحكي عن التذكرة و غيرها عدم وجوب القبول على المكفول له إذا بذل الكفيل له الحق ، لعدم انحصار الغرض فيه ، إذ قد يكون له غرض لايتعلق بالأداء ، أو بالأداء من الغريم لامن غيره ، فله حينئذ الزامه بالاحضار، خصوصاً مما لابدل له، كحقّ الدعوى ، أوفي ذي البدل الاضطراري كالدّية عوض القتل ، ومهر المثل عوض الزوجة ، واختاره في المسالك والرياض .

ولكن قد يناقش أولاً بأن مبنى الكفالة عرفا على ذلك ، بل هو المقصود بين المتعاقدين بها .

و ثانياً : بظهور قول الصادق عليه السلام في مرسل الصدوق [1] « الكفالة ، خسارة غرامة ندامة» كقوله في خبر داود البرقي [2] مكتوب في التوراة «كفالة غرامة ندامة » في اقتضائها ذلك ، بل قد يشعر بذلك في الجملة حكم من أطلق غريما ، أو القاتل عمداً لكن ينافي ذلك كله ما تسمعه من تفسير خبري البقباق الآتيين .

وثالثا: بأن الظاهر اندراج التبرع بمساوي الحق في الوفاء الذي يجب قبوله على المستحق ، و إن كان من غير من عليه الحق ، و دعوى اعتبار تشخيص المديون ذلك وفاء تقتضي عدم احتسابه وفاء حتى مع الرضا من المديون ، وهو مخالف للمقطوع به كدعوى اختصاص ذلك في حال التراضي ، التي لامدرك لها بالخصوص ، بل ليست الا الصدق وفاء الحق ، و وجوب قبول ذلك من باذله من غير فرق بين المديون وغيره وحينئذ فله التبرع بالوفاء المقتضي سقوط الحق الذي تسقط الكفالة بسقوطه ، و إن لم نقل إنّ ذلك من مقتضياتها .

نعم إنما يتم ذلك في الدين و نحوه أما فيما لابدل له ، أوله بدل اضطراري فلايجب عليه القبول ، أللهم إلا أن يقال في مقام حصول الضرر بالتخليد بالحبس و نحوه ، ينتقل الحاكم إليه أوالى مايقتضي ارتفاع مثل هذا الضرر به ، كما عساه يؤمي إليه فحوى ما تسمعه في اطلاق القاتل .

وعلى كل حال فما ذكره المصنف والجماعة ، لايخلو من قوّة ، ثم إن الكفيل

(١)(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام الضمان الحديث ٢-٥ .

يرجع على المكفول بما أداه إن كان الأداء عنه باذنه وإن كانت الكفالة بغير إذنه بناءعلى مشروعيتها ، والفرق بينها وبين الضمان بغير إذنه مع كون الأداءباذنه أن الكفالة لم يتعلق بالمال بالذات ، فيكون حكم الكفيل بالنسبة إليه حكم الاجنبى فاذا أداه باذن من عليه فله الرجوع ، بخلاف الضمان المقتضى انتقال المال إلى ذمّة الضامن فلا ينفعه بعد ذلك الإذن في الأداء ، لأنه كاذن الاجنبي للمديون في أداء دينه ، إلا أن يراد منها الوكالة في الأداء عنه ، وإن كان الدين على المؤدى المأذون ولا يرجع عليه مع عدم الإذن في الأداء ، وإن كان كفل باذنه ، إذا أمكن مراجعته واحضاره للمكفول له ، ضرورة كونه متبرعا بالوفاء حينئذ ، لعدم اقتضاء الكفالة الإذن في ذلك على الحال المفروض .

نعم إذا أدّى مع فرض تعذّر الاحضار ، ففي المسالك «له الرجوع وإن لم يأذن له في الأداء ، لأن ذلك من لوازم الكفالة ، فالإذن فيها إذن في لوازمها » و فيه : أنه مناف لما سمعته منه وغيره سابقا من انها لاتقتضي إلا الاحضار ، ولذا لايجب على المكفول له القبول إذا بذل الكفيل ، ومع فرض أن ذلك من لوازمها يجب عليه القبول ، ضرورة كونه حينئذ كالوكيل عن المديون في ذلك .

نعم قديكون له الرجوع مما ذكرناه من قاعدة لاضرر ولاضرار من حيث لزوم التخليد في الحبس ونحوه المفروض كون المكفول سببا له بالاذن في الكفالة بل لعل قاعدة احترام مال المسلم تقتضي به ايضاً لعدم صدق التبرع عليه بذلك ، أوبغير ذلك مما لايقتضي كونه من لوازم الكفالة ، إن لم نقل أن من مقتضياتها دفع المال عن المكفول ولو في حال تعذر الاحضار ، وإلا اتجه له الرجوع حينئذ كما ذكره ، فتأمل جيدا والله العالم .

﴿ولو قال : إن لم أحضره كان عليّ كذا لم يلزمه إلا احضاره دون المال ولو قال عليّ كذا إلى كذا إن لم أحضره وجب عليه ما شرط من المال﴾ كما في القواعد ومحكي الارشاد لكن يمكن أن يكون المراد إن لم يحضره كما في النافع ، و محكي النهاية والسرائر ، والتحرير ، والتذكرة ، وحواشي القواعد ، واللمعة ، و المهذب البارع ،

وكشف الرموز ، والتنقيح ، بل هو المحكي عن القاضي وابن حمزه بل في الاخيرين والمحكي عن إيضاح النافع نسبة ذلك إلى الأصحاب ، بل في المهذب في شرح عبارة النافع أن المسألة اجماعية ، وفي جامع المقاصد في شرح عبارة القواعد هذا مروي من طرق الأصحاب ، وقد أطبقوا على العمل به ، و فيه أيضا و محكي الحواشي وغاية المرام أن الفارق بين المسألتين الاجماع والنص .

ولكن مع ذلك كله نظر فيه في المسالك بعد ان حكاه عن ابن فهد ، والكركي قال : لمنع الاجماع في موضع النزاع « فان أحداً من الاصحاب لم يدعه ، والموجود كلامهم في المسألة ، جماعة يسيرة ، والباقون لايعرف حكمهم فيها ، ومع ذلك فقد ذكر العلامة في المختلف كلام الشيخ ومن تبعه ، ثم قال : وعندى في هذه المسألة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما مخالفا لما ذكره الشيخ والجماعة ، وقال : إن كلام ابن الجنيد أنسب ، وقد عرفت أن للمصنف وحده فيها قولين هنا وفى النافع ، و للعلامة وحده فيها أربعة مذاهب فدعوى الاجماع بمثل ذلك عجيب » .

وفيه مالا يخفى عليك من عدم منافاة ذلك لحكاية الاجماع ، وإن كان هو كما ذكر محلاً للنظر ، لكن ليس لذلك . بل لما ستعرفه إنشاء الله على أن ترك القيد من المصنف والفاضل في بعض كتبهما مع احتمال ارادتهما له بقرينة ذكرهما له في البعض الاخر ، لاينافي الاجماع على أصل المسألة ، وقول الفاضل أن قول ابن الجنيد أنسب ليس قولا في المسألة ، وكذا الاحتمال المذكور عنه في الجمع ، بجعل المال في أحد الشقين على المال المكفول ، وفي الآخر على مال غير ذلك التزم به الكفيل ان لم يحضره .

وكذا مناقشته في سند الخبرين اللذين هما الاصل في هذه المسألة .

أحدهما : خبر البقباق [1] عن أبي عبد الله عليه السلام « سألته عن الرجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فان لم يأت به فعليه كذا وكذا درهما ، قال : إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال ، وهو كفيل بنفسه أبدا إلا أن يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم

(١) الوسائل الباب ــ ١٠ من ابواب احكام الضمان الحديث ــ ٢ ــ .

فهو له ضامن ، إن لم يأت به إلى الأجل الذي أجّله » و هو إمّا صحيح أو موثق .

و الثاني : خبره الآخر [1] أيضاً « قلت لأبي عبدالله عليه السلام رجل تكفّل لرجل بنفس رجل وقال : إن جئت به وإلا فعليّ خمسمأة درهم (كما في التهذيب) وفي الكافي (إن جئت به وإلا فعليك خمسمأة درهم) ، وفيهما معا قال : عليه نفسه ، ولا شيء عليه من الدراهم ، فإن قال : عليّ خمسمأة درهم إن لم أدفعه اليه قال: يلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه » و هو موثق أيضاً بل في سنده أبان الذي هو من أصحاب الاجماع وبذلك اكتفى جماعة من الأصحاب على الفرق بين المسألتين قائلين أن كثيرا من المسائل حكم فيها بما يخالف القواعد بأقل من ذلك .

إلا أن الانصاف استبعاد التعبّد في امثال هذه المسائل ، خصوصاً لما في المقام الذي ليس فيه إلا تأخير الشرط و تقديمه ، مع أنه إن أخر لفظاً فهو مقدم معنى ، بعد الاغضاء عن اقتضاء التعليق البطلان ، وعن عدم صلاحية مثل اللفظ المزبور في المتن و غيره ، لحصول عقد الكفالة أو الضمان به .

ولولا ماسمعته من الإجماع المزبور لأمكن القول بأن المراد من الروايتين بيان الفرق في عقد الكفالة من الاقتصار عليه فقط ، وبين اشتراط أداء المال فيه ،مع عدم الاحضار ، ففي الأول لا يكلف إلا النفس أبدا وفي الثاني يغرم المال إن لم يحضر فيراد من قوله « إلا أن يبدأ » إظهار اشتراط الدارهم من ، بدا الأمر بدوّاً ، أي ظهر كما في الصحاح أو من ، بادى فلان بالعداوة ، أي جاهر بها كما فيه أيضاً ، أي الكفيل إنّما يكلف باحضار النفس أبداً إلا أن يظهر أو يجهر باشتراط الدراهم إن لم يأت به فحينئذ يكلف بها إن لم يحضره .

والتصرف في كتابة يبدأ بما يقتضي الاولية إنما هو من النساخ مع أنه يمكن عليها أيضاً ارادة هذا المعنى لا التقدم والتأخر ، وقوله فإن لم يأت به في الخبر الأول على جهة الاستفهام من السائل فاجابه بذلك ، والخبر الثاني على ما في الكافي ، وبعض نسخ التهذيب منطبق أيضاً على ذلك ضرورة أن اشتراط الخمسمأة فيه الأوّل إنما كان

(١) الوسائل الباب -- ١٠ -- من ابواب الاحكام الضمان الحديث --١-- .

من المكفول له لا من الكفيل ، ومن المعلوم عدم التزامه بذلك إذا لم يكن ذلك من الكفيل نفسه في عقد الكفالة ، ولذا قال في جوابه إنه إن قال هو علي خمسمأة درهم إن لم آت به لزم ذلك .

نعم إنما جاء الاشتباه في رواية بعض نسخ التهذيب ، والظاهر أنه اشتباه من النساخ ، فإن ما في الكافي . أضبط ، خصوصاً مع اعتضاده ببعض نسخ التهذيب ، وشهادة الرواية الأولى له ، وهذا معنى جيد في الخبرين ، ويشهد له ما تقدم من النصوص ، الظاهرة في عدم تكليف الكفيل إلا بالاحضار ، وأنه يحبس على ذلك ، وهو معنى قوله هنا «وهو كفيل بنفسه أبداً» .

كما أن الخبرين ظاهران أو صريحان في وجود عقد الكفالة بغير هذا اللفظ ، وإنما ذكره على سبيل الاشتراط الذي يشمله عموم «المؤمنون عند شروطهم» [1] وليس هو بمعنى التعليق المقتضي لبطلان العقد ، وبذلك يصح بالشرط المزبور الالتزام بالمال المذكور ، وإن لم يكن هو على المكفول ، وإن كان المنساق إلى الذهن ارادة اشتراط ما على المكفول .

ولعل هذا أولى من المحكي عن الكركي من بيان الفرق بين المسألتين بأنه إذا قدم براءة الذمة المضمون عنه . بقوله علي كذا امتنعت الكفالة حينئذ ، لعدم حق له حينئذ عليه ، فلا يلزم إلا بالمال ، بخلاف ما إذا قدم الكفالة ، فإنه يكون الضمان ـ المتعقب لها لكونه معلقاً على شرط ـ باطلا ، ولمنافاة الضمان صحة الكفالة .

إذ هو كما ترى مناف لما عرفته ، من النص والاجماع المحكي وغيره من تقييد لزوم المال في صورة تقديم الضمان بعدم الاحضار ، وأنه مراد المصنف هنا وان ترك ذكره ، ومناف أيضاً للتعليق المقتضي لبطلان الضمان ، بل ولعدم براءة المضمون عنه التي ذكرها ، وبنى عليها بطلان الكفالة .

بل ومناف لما هو ظاهر الخبرين أو صريحهما من حصول عقد الكفالة أولا بغير اللفظ المزبور ، بل لا يتم أيضاً بناء على أن المسألة أعم من كون المكفول على مال ،

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ ـ

وغيره من قتل وزوجية وغيرهما مما لا يقبل الضمان ، وعلى تقديره فما جعله الضامن عليه من كذا في الأولى . وخمسماءة في الثانية ومطلقاً في كلام الجماعة أعم من كونه مساوياً للحق الذي على المكفول وزائداً وناقصاً ومماثلا له في الحبس ومخالفاً ، والضمان المدعى لا يتمّ إلا في قليل من هذه المسائل ، بل فيه أيضاً أنه ليس في العبارة المذكورة في المتن وغيره من كتب الجماعة لفظ يدلّ على كفالة صحيحة شرعاً ، وإنما الموجود فيها ضمان معلّق على شرط تقدم أو تأخّر ، وأمّا الكفالة فهي مجعولة شرطاً ومجرّد ذلك لا يكفي في عقد الكفالة ، ولو قيل أنه أتى قبل ذلك بلفظ يدل عليها ، فتقدير مثل ذلك مبطل ، للفرق الذي ادعاه بين المسألتين إلى غير ذلك ممّا لا يخفى .

وأولى أيضاً مما حكاه فخر الدين عن والده من حمل الرواية على أنه التزم في الصورة الأولى بما ليس عليه كما لو كان عليه دينار فقال : إن لم احضره فعلي عشرة دنانير ، فإنه لا يلزمه المال اجماعاً ، لأنه التزام بما ليس عليه ، أما الثانية ، فإنه التزام بما عليه وهو الدينار مثلاً ، فكأنه قال : علي الدينار الذى عليه إن لم أحضره .

إذ لا يخفى عليك ما فيه من المنافاة لاطلاق المال في الصورتين المتقاربتين ، بل مقتضى تعريف الدراهم في قوله « إلا أن » إلى آخره كون المراد الدراهم الأولى ، لانسباق العهد منه كما في نظائره ، على أن الرواية الثانية قد اتحد فيها لفظ الخمسمأة في الصورتين .

وأولى أيضاً مما ذكره المقداد مستحسناً له قائلاً أنه لم يذكره أحد من الاصحاب وهو أن المراد من الأولى الاتيان بصيغة الكفالة وتعقيبها بالتزامه بالمال ان لم يأت به ، وذلك يقتضي صحة الكفالة لتصريحه بها ، وما بعدها من المال أمر لازم للكفاله ، لما تقدم من أن مقتضاها لزوم المال للكفيل إن لم يأت به وأمّا الثانية فإنها تشتمل على ضمان معلّق على شرط والشرط متأخر . فهي إما مبنية على جواز الضمان المعلّق على شرط ، أو أن الضمان تمّ بقوله عليّ كذا ، والشرط بعد مناف له . فلا يلتفت إليه . لأنه كتعقيب الاقرار بالمنافي .

إذ لا يخفى عليك ما فيه أيضاً ، فانه مع ابتنائه على إرادة خصوص ما على المكفول

من المال ، لاوجه للحكم بصحّة الضمان المعلّق عندنا ، كما أنه لاوجه لقياس ذلك على تعقيب الإقرار بالمنافي .

وأولى أيضا مما في المسالك فإنه بعد أن أطنب في ذكر وجوه الفرق وإفسادها .

قال : « اذا تقرّر ذلك فنقول : الذي يقتضيه ظاهر الرواية أن الكفالة وقعت بصيغة تامّة في الموضعين ، وتعقّبها ماذكر في اشتراط ، بدليل قوله « رجل تكفّل بنفس رجل » ثمّ قسّمها إلى القسمين ، فإن التكفل إذا اطلق يحمل على معناه الشرعي ، وإنمايتمّ بذكر لفظ يوجبه ، وقوله بعد « فإن لم » إلى آخره إمّا أن يحمل على كون المكنى عنه هو الحق المكفول لأجله ، عملاً بقرينة مقتضيات الكفالة وحينئذ فلا إشكال في الأولى ، لانه يصير كفيلا ، وما ذكر بعد الكفالة غير مناف ، ثمّ إن عملنا بمفهوم الشرط فهو ضامن للمال أيضاً إن لم يأت به إلى الأجل ، وحينئذ فلا فرق بين الصيغتين ، لاتحاد الحكم فيهما ، ويكون الاستثناء منقطعا إذلم يحصل به اخراج ، فكأنه بين أن الحكم كذا ، إن قدّم الدراهم أو أخّرها ، وبقي قوله في الرواية الثانية «عليه نفسه ولاشيء عليه من الدراهم» ناظراً إلى نفس حكم الكفالة ، لا إلى ما يترتب عليها عند الاخلال بالاحضار ، وإن لم تعمل بمفهوم الشرط أشكل الفرق بين المقامين بما تقدم وإما أن يحمل المال الملتزم على ماهو أعمّ من الحق ، فيكون على سبيل الجعالة فيلزمه ما التزمه إن لم يأت به في الموضعين ، بإعمال مفهوم الشرط في الأولى ، وللتصريح في الثانية ، ويناسب هذا الحمل كون الكفالة قد لا يكون غايتها المال كالقصاص والزوجيّة ثم على تقدير كون المال مجانسا ، للمكفول لاجله ، ينبغي الحكم باحتسابه ، نظراً إلى اقتضاء الكفالة ذلك ، ولو كان مخالفا احتمل ردّه اليه بالقيمة أيضا ، وإن لم تكن الكفالة لاجل مال ، فهو التزام وتبرع محض ، وإطلاق الرواية يقتضي صحّته وعلى ما قررناه فمخالفة الرواية للاصول ليست كثيرة عند اطلاقها ، ولو خصصّناها بالمال المقصود حصل المقصود ، وإن بقي في عبارة الرواية قصور في البلاغة حيث اتحد الحكم في المسألتين مع كونه قد ردّد بينهما ، إلا أنه اسهل من مخالفة الاصول بغير موجب ، ومع هذا فاثبات الاحكام الخارجة على تقدير العمل باطلاقها لايخلو من بعد ، لقصور الرواية

عن اثبات مثل هذه الاحكام ، ولقدكنافي سعة من هذا الاختلاف لو أطرحنا أمثال هذه الروايات التي من شواذالآحاد » انتهى .

إلا أنه كما ترى من غرائب الكلام ، بل لايستأهل رداً ولعل الذى أوقعه في ذلك إساءته الأدب في هذه المسألة مع الشيخ الذي بهحفظ الحلال والحرام ، وماكنا لنؤثر أن يقع هذا منه أو ذلك من مثله ، والله الموفق والمؤيد والمسدد .

وقد ظهر لك في جميع ماذكرنا أن نظر الجميع في هذا الحكم إلى الخبرين المزبورين اللذين يغلب الظن بارادة ما ذكرناه منهما ، ويتبعه حينئذ الظن بضعف الفتوى بخلافه المعلوم كون منشؤها الفهم من البدأة المذكورة في الخبر ، بيان الفرق بالتقدم والتأخر والاختلال في الخبر المروى في التهذيب ، ومن ذلك يضعف الظن بصواب الاجماع المحكي المحتمل ، لارادة اتفاق المتعرضين لهذا الحكم من الأصحاب الذين يجوز الوهم عليهم في الخبرين المزبورين ، فصار منشأ الحكم المزبور المستبعد بناؤه على التعبد المحض فلاحظ وتأمل هذا .

وفي المختلف بعدأن حكى عن الشيخ والجماعة ماسمعت قال : « وعندي في هذه المسألة نظر » ثم حكي عن ابن الجنيد أنه إذا قال الكفيل لطالب الحق : مالك على فلان فهو عليّ دونه إلى يوم كذا وأنا كفيل لك بنفسه ، صح الضمان على الكفيل بالنفس والمال إن لم يؤده المطلوب إلى الطالب إلى ذلك الأجل ، وسواء قال له عند الضمان : إن لم يأتك به ، أولم يقل له ذلك ، فان قدم الكفالة بالنفس ، وقال : أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كذا ، فان جائك بمالك عليه ، وهو ألف درهم وإلا فاناضامن للألف صحت الكفالة بالنفس ، وبطل الضمان للمال . لأن ذلك كالقمار والمخاطرة ، وهو كقول القائل إن طلعت الشمس فمالك على فلان غريمك وهوألف درهم عليّ الذي قد أجمع على أن الضمان لذلك باطل ، ثم قال : وقول ابن الجنيد أنسب ، ولكن لايخفى عليك انه قريب أيضا من قول الجماعة عندالتامل .

﴿ ومن أطلق غريما من يدصاحب الحقّ ﴾ أو وكيله ﴿ قهراً ، ضمن احضاره أواداء ماعليه ﴾ كماصرّح بهغير واحد بل في الرياض نفى الخلاف فيه على الظاهر ،

بل عن الصيمري الاجماع عليه، لقاعدة « لاضرر ولاضرار » وفحوى ماتسمعه في القاتل ولما في المسالك ومحكي التذكرة وغيرها من أنه غصب اليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه إعادتها أو أداء الحق الذي بسببه ثبتت اليد عليه وإن كان هو كما ترى، إن لم يرجع إلى ماذكرنا أو إلى وجهه أو إلى دعوى شمول « على اليد ماأخذت حتى تؤدى »[1] لمثل ذلك.

ولكن لايخفى عليك أن مدرك الحكم إن كان ذلك ونحوه، ينبغي عدم الفرق فيه بين الصبي والمجنون وغيرهما، ولعل ذلك هو مقتضى مافي المتن وغيره من التعبير بمن أطلق الشامل لذلك نحو غيره من خطاب الأسباب.

إلا أن الانصاف عدم تنقيح في كلامهم لمثل ذلك، كعدمه بالنسبة إلى غير ذلك من تفويت استيفاء الحق بتخويف ونحوه، وينبغي الاقتصار على محل اليقين، أو ما كان في حكمه ولو بظاهر الدليل المعتبر فيما خالف أصل البراءة وغيرها.

ثم لايخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفالة أطلق عليه اسمها وإلا فهو ليس من الكفالة المصطلحة قطعاً، ضرورة عدم العقد فيه، والظاهر كون التخيير المزبور على نحو ماسمعته في الكفالة، بمعنى أن له التبرع بالأداء فداء عن الالزام بالاحضار، ويلزم المستحق بالقبول، وليس له اقتراح الاحضار، فإن الضرر ينجبر بذلك، أو مع التراضي.

لكن في المسالك « ينبغي أن يكون الحكم هنا كما سلف في الكفيل الممتنع من تسليم المكفول، يطالب بالتسليم مع الإمكان لأن يفوض التخيير اليه ».

وفيه: أنه لادليل على ذلك، بل أصل البراءة يقتضي خلافه، وخبر القاتل إنما هو في العمد الذي كان الحق فيه القصاص، وقاعدة الضرر لاتقتضي أزيد من التخيير المزبور، ومن هنا لم أجد غيره ممن تقدم عليه ذكر ذلك هنا، حتى ممن عين الاحضار في الكفالة نعم ليس له الرجوع عليه بما أدى اذا لم يكن الاداء باذنه، كما صرح به غير واحد، للأصل وغيره.

(١) المستدرك ج - ٢ - ص ٥٠٣.

لكن قد يقال بالرجوع إذا كان الاطلاق بالإذن ، لقاعدة لاضرر ، واحترام مال المسلم والاحسان ، وكون الإذن في الملزوم اذناً في اللازم ، ونحوذلك ، بل في محكي التذكرة ولوتعذر عليه استيفاء الحق من قصاص أو مال وأخذ المال من الكفيل كان للكفيل الرجوع على الغريم الذي خلّصه قصاصا ، ويمكن ارادته ماذكرنا ، ولو أطلقه من يدالكفيل الذي كان لهالرجوع عليه بأدائه عنه ضمن أيضاً احضاره أوأداء ماعليه على الوجه المزبور ، بل لو أطلقه منه قبل أدائه عنه فكذلك أيضاً .

﴿ ولو كان ﴾ المطلق بالفتح قهرا ﴿ قاتلا ﴾ عمداً ﴿ لزمه احضاره أو دفع الدية ﴾ مع التعذر ولو بموت بلاخلاف أجده فيه أيضا ، بل عن الصيمرى الاجماع عليه للصحيح او الحسن [1] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فرفع إلى الوالي فدفعه الوالي إلى أولياء المقتول ليقتلوه ، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء فقال : أرى أن يحبس الذين خلّصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل ، قيل : فإن مات القاتل وهم في السجن قال : فإن مات فعليهم الدّية يؤدّونها جميعاً إلى أولياء المقتول » ومنه يعلم إرادة ذلك من التخيير المزبور في المتن وغيره نعم لوكان القتل موجبا للدية على المطلق ، إتّجه التخيير المزبور على الوجه الذي تقدم .

ولوهرب القاتل عمداً واستمر فاخذت الدية من المطلق ، ثم تمكن الوليّ منه ردّها إلى صاحبها وإن لم تقتصّ منه ،لأن وجوبها قدكان الحيلولة المفروض زوالها ، وعدم القتل مستند إلى اختيار المستحق ، لكن في محكي التحرير « إذا حضر القاتل هل يقتل ويستعيد الدافع من الاولياء فيه إشكال ، وهل لهالزامه بما أدّى على تقدير انتفاء جواز قتله فيه نظر » .

وفيه مالايخفى بعدفرض كون الدفع الأول للحيلولة ، لا لاسقاط الحق ، وإلا لم يكن لهم قتله . بل ولارجوع عليه بماأدّى إلامع الاذن في الاطلاق ، فإنّ فيه حينئذ ماعرفت ، وإلى ذلك يرجع مافي القواعد « ولوكان قاتلا لزمه الاحضار أو الديه فإن

(١) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب احكام الضمان الحديث - ١ -

دفعها ثم حضر الغريم تسلط الوارث على قتله فيدفع ما أخذه وجوباً وإن لم يقتل ، ولا يتسلط الكفيل ـ لو رضي هو والوارث بالمدفوع ـ على المكفول بدية ولا قصاص والله العالم .

﴿ ولا بد من كون المكفول معيّناً ﴾ كما صرّح به الفاضل وغيره ﴿ فلو قال : كفلت أحد هذين لم يصح وكذا لو قال : كفلت بزيد أو عمرو ﴾ لم يصحّ ايضاً ﴿ وكذا لو قال : كفلت بزيد فإن لم آت به فبعمرو ﴾ بل في الثالث التعليق وهو مانع من صحّة الكفالة لما عرفته غير مرّة من منافاته للتسبيب الظاهر من الأدلة ، فاشكال الفاضل فيه في القواعد في غير محله ، وفيه أيضاً اشتراط ما يعود على الكفالة بالنقض فلا اشكال في بطلانه كما لا اشكال في البطلان في السابقين مع ارادة الابهام المانع من تعلق العقد لعدم المورد له أمّا الابهام التخييرى فظاهر المصنف وغيره منعه أيضاً .

لكن قد يناقش بأن مقتضى الاطلاقات جوازه ، بعد عدم ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك فيصحّ حينئذ ويبرأ بتسليم أحدهما . ويحبس إلى أن يحضر أحدهما أو يؤدي عنه ، ولعله في هذا القسم توقف الاردبيلي في المحكي عنه ، وهو في محلّه إلّا ان يثبت ما يقتضي عدم قابلية حق الكفالة لذلك ، وأنه كالملك الذي لا يقبل مثل هذا .

و يلحق بهذا الباب مسائل

﴿ الأولى : ﴾ قال في محكي المبسوط ﴿ اذا أحضر الغريم قبل الأجل وجب ﴾ على المكفول له ﴿ تسلمه إذا كان لا ضرر عليه ﴾ وكذا غير المكان المشترط ، و نحوه عن القاضي ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل : لا يجب كان أشبه ﴾ بأصول المذهب و قواعده المقتضية عدم وجوب غير الحق ، بل لعلّ مصلحة الأجل و المكان مشتركة بينهما ، و اختاره الفاضل وغيره ، وهو جيّد حيث يكون اشتراط الأجل والمكان حقّاً لهما ، أمّا إذا كان حقّاً للكفيل و أراد اسقاطه كان الاجود الأوّل ، كما تقدم نظيره في الدين المؤجّل ، و لعلّه إلى ذلك نظر الشيخ ﴿ ولو سلّمه و كان ممنوعاً من تسلّمه بيد قاهرة ﴾ مثلاً ﴿ لم يبرأ الكفيل ﴾ لعدم التسليم التام الواجب عليه ، بانسراز

اطلاق الأدلة إليه ﴿ ولو كان ﴾ المكفول ﴿ محبوساً في حبس الحاكم ﴾ العادل ﴿ وجب تسلمه لأنه متمكن من استيفاء حقّه ﴾ منه ضرورة أنه برفع أمره إليه يخرجه من الحبس أو يطالبه وهو فيه وينهى أمره معه ولو بان يحبسه على الحقين معاً.

﴿ و ليس كذلك لو كان في حبس ظالم ﴾ لغلبة عدم التمكن من استيفاء الحق معه ، ولو فرض إمكانه ، وجب تسلّمه ، كما أنه لو فرض عدم امكانه في الأوّل لم يجب تسلّمه و إن كان في حبس عادل كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثانية : إذا كان المكفول عنه غائباً ﴾ في مكان معلوم و متجاوز مسافة القصر ﴿ و كانت الكفالة حالّة ﴾ و طلبه منه المكفول له ﴿ انظر بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به ، وكذا لو كانت مؤجله ﴾ و طلبه منه ﴿ أخّر بعد حلولها ﴾ و طلبه منه ﴿ بمقدار ذلك ﴾ بلا خلاف اجده في شيء من ذلك ، بل عن التذكرة عليه عامّة أهل العلم ، ضرورة اقتضاء وجوب الاحضار الذي هو مقتضى الكفالة ذلك ، و إلا كان تكليفا بغير المقدور .

نعم في المسالك و محكي التذكرة و مجمع البرهان إنما يجب عليه الاحضار عند امكانه ، أمّا إذا لم يمكن كما إذا غاب غيبة منقطعة لا يعرف له موضع ولا خبر ، لم يكلف احضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه ، لأنه لم يكفل المال ، بل قيل : إنه ظاهر الباقين أيضاً لكن في القواعد لو هرب المكفول أو غاب غيبة منقطعة فالأقرب التزام الكفيل بالمال أو إحضاره ، مع احتمال براءته ، و يحتمل الصبر .

و عن جامع المقاصد أن الأوّل أصحّ ، لان مقتضى الكفالة احضار الغريم أو أداء ما عليه من المال ، والأصل بقاء ذلك إلى أن يحصل المبري ، و هو المسقط للحق أو موت المكفول ، و أن الكفيل وثيقة على الحق كالرهن ، فاذا تعذّر استيفاء الحق من جهة من عليه ، استوفى من الوثيقة ، و هذا و إن كان مبنياً على اقتضائها التخيير مطلقا الذي قد عرفت البحث فيه أو أداء المال عند تعذر الاحضار الذي قد ذكروه في رجوع الكفيل على المكفول إذا أدّى . لكن قد يقال : على القول بانحصار مقتضاها في الاحضار ، بعدم اعتبار امكانه له ، بعد أن كان في حدّ ذاته من الممكنات ، لأنه هو

الذي أوقع نفسه في ذلك فيكلف به ويحبس عليه ، ولولا أن يفدي نفسه بأداء ماعليه ، ليتخلص من ذلك كما هو مقتضى النصوص في حبسه ، و من ذلك يظهر الحال فيما لوفرّط الكفيل في احضاره بعد مطالبة المكفول له، وكان متمكنا منه فهرب أوغاب غيبة منقطعة على وجه تعذّر احضاره ، أو هرّبه هو ، ضرورة أولويّة لزومه المال . و إن حكي عن التذكرة وجوب المال إن أوجبناه بها ، و إلا فاشكال ، ونحوه في جامع المقاصد ، ولو كان غائبا حين كفّل ، فالحكم في احضاره كما لوغاب بعد الكفالة .

و عن جامع المقاصد لو وقع في بلاد الكفر بحيث لا يقدر عليه ، أو في حبس ظالم لايمكن تخليصه ، وجب الصبر إلى زمان إمكان احضاره، ولورجى تخليصه بوجه وجب عليه السعي فيه ، ولو احتاج إلى بذل مال فاشكال ، و كأنه مناف لما سمعته منه سابقا ، و التحقيق في ذلك كله ما عرفت .

المسألة ﴿ الثالثة : ﴾ ذكر غير واحد من الاصحاب بل لا اجد فيه خلافا انه ﴿ إذا تكفّل بتسليمه مطلقا ، انصرف إلى بلد العقد ﴾ وهو إن سلّم ، ففيما إذاكان العقد في بلد المكفول له أوبلد قراره ، أما إذاكان في برية أوبلد غربة قصدهما مفارقته سريعا بحيث تدل القرائن على عدم ارادته ، ففي المسالك أشكل انصراف الاطلاق إليه، وقد تقدم الكلام على نظيره في السلم ، إلا أنهم لم يذكروا هنا خلافا ، و فيه : أن ذلك ليس محلّ شك ، ولا يحتمل إرادتهم ، إذ الفرض حضور القرائن الدالة على عدم ارادته .

نعم قد يشك فيما إذا لم تكن قرينة ، حتى إذا كان بلد العاقد وقد تقدّم الكلام سابقا على نحو ذلك في كتاب السلم و غيره و على كل حال فلا إشكال ﴿و﴾ لا خلاف في أنه ﴿ إن عيّن موضعا لزمه ﴾ لقاعدة المؤمنون و غيرها ﴿و﴾ حينئذ فـ ﴿لو دفعه في غيره لم يبرء ﴾ إذا لم يتسلّمه المكفول له برضى منه ، لعدم كونه تسليما تاماً ﴿ و قيل ﴾ و القائل الشيخ و القاضي كما عرفت ﴿ اذا لم يكن في نقله كلفة ولا في تسلّمه ضرر ، وجب تسلمه و فيه تردد ﴾ بل منع إلا على ماسمعته في الأجل فيما إذا فرض كون مصلحة الشرط للكفيل ، وقد أسقطها .

المسألة ﴿ الرابعة : لو اتفقا ﴾ أي الكفيل و المكفول له ﴿ على ﴾ وقوع ﴿ الكفالة و ﴾ لكن ﴿ قال الكفيل : لا حق لك ﴾ الآن ﴿ عليه ﴾ لأداء أو ابراء أو غيرهما ، كان القول قول المكفول له بيمينه ، لأصالة بقاء الحق ، وكذا لوقال له: لا حق لك حال الكفالة ﴿ كان القول ﴾ أيضاً ﴿ قول المكفول له ﴾ بلاخلاف أجده فيه ﴿ لأن ﴾ الاعتراف من الكفيل بوقوع ﴿ الكفالة تستدعي ثبوت حق ﴾ فيكون هو مدعي الفساد ، و المكفول له مدعي الصحة ، ولا ريب في أن القول قول مدعي الصحة لأصالتها بل عن مجمع البرهان أن القول قوله بلا يمين ، و إن كان هو خلاف ما صرح به غيره من دون خلاف ، بل خلاف قوله [1] «البينة على المدعي ، و اليمين على من أنكر » وعلى هذا فاذا حلف المكفول له وتعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينة ؟ احتمله في المسالك ومحكي التذكرة، ولكنه واضح الفساد، ضرورة أعمية ثبوت صحة الكفالة من ثبوت الحق على المكفول .

نعم لو أقام المدعي البينة بالحق كان له إغرام الكفيل على الوجه الذي تقدم سابقا ، لكن لا يرجع به هنا على المكفول ، لاعترافه بعدم كونه كفيلا شرعا عنه ، و أنه مظلوم ، و لكن إذا لم يعلم فساد دعوى المكفول له أمكن الرجوع بما أغرمه على مافي ذمة المكفول مقاصة ، لانه قدصار عوضاً عما أداه ، أما لو علم فسادها فلا رجوع له عليه قطعا ، كما هو واضح .

المسألة ﴿ الخامسة : إذا تكفل رجلان ﴾ مثلا دفعة أو مرتبا ﴿ برجل فسلمه أحدهما لم يبرء الآخر ﴾ عند الشيخ ، و ابن حمزه ، و القاضي فيما حكي عنهم ، فاذا هرب منه حينئذ كان له الرجوع على الثاني ، للأصل ، و كون الكفيلين كالرهنين اللذين إذافك أحدهما لم يفك الآخر ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لو قيل : بالبراءة لكان حسنا ﴾ بل في القواعد وغيرها من كتب الجماعة أنه الأقرب ، لأن المقصود تسلمه وقد حصل ، حتى لو سلم نفسه أو سلمه أجنبي برأ ، لحصول الغرض ، و الظاهر أن محل البحث

---

(١) الوسائل الباب ـ٣ـ من ابواب كيفية الحكم و القضاء الحديث ـ١ ـ٥ـ لكن فيه و اليمين على من ادعى عليه .

في التسليم عن نفسه ، أمّا لوقصد التسليم عن صاحبه فلا إشكال في براءة صاحبه ، و إن بقي هو عند الشيخ .

و على كل حال فما ذكره المصنف والجماعة جيّد ، إن كان المراد من كفالتهما الاحضار الواحد ولو على وجه يكونان معاً كفيلا ، فانه لا إشكال في براءة كل منهما بأدائهما معاً دفعة ، و بأداء كل واحد منهما ، أمّا إذا كان المراد من كفالة كل واحد منهما الاستقلال على وجه لو أسقط المكفول له حق الكفالة من أحدهما باقالة و نحوها لم يسقط عن الآخر . فلا يخلو كلام الشيخ من قوة حينئذ ، إلا إذا قصد تسليمه عن صاحبه ، فانه يبرأ صاحبه ، ولكن هو لا يبرأ كما عرفته سابقا ، والظاهر تعدد الحق بتعدد الكفيل إذا لم تكن قرينة على إرادة الأول ، و دعوى اتحاد حق الاحضار لايقتضي عدم تعدد استحقاقه من وجوه عديدة ﴿ولو تكفّل لرجلين برجل ثم سلّمه إلى أحدهما لم يبرأ من الآخر﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، بل قيل : إنه كذلك عند العامة فضلاً عن الخاصة .

المسألة ﴿السادسة : إذامات المكفول برأ الكفيل﴾ على المشهور كما عن التنقيح بل في الرياض نفي الخلاف فيه ، بل في محكي التذكرة بطلت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا ، بل عن الغنية الاجماع عليه ، قيل : لأنه تكفّل ببدنه على أن يحضره ، وقدفات بالموت ، و لأنه قدسقط الحضور عن المكفول فيبرأ الكفيل و فيهما مالا يخفى .

نعم قديقال : ان المتبادر إنّما هو الاحضار حال الحياة و إن ذلك هو المتعارف بين الناس ، فيحمل الاطلاق عليه ، أو لمعلومية كون المراد من الكفالة الاحضار مقدمة لتحصيل الحق المعلوم انتفاؤه بالموت ، بل قد يدعى بناء شرعيتها في مثل ذلك على ذلك ، بحيث لو صرّح بخلافه لم تصح ، و من ذلك يحتمل الحاق غير الموت به ، إذا كان بحيث يخرج عن قابلية تحصيل الحق منه بجنون و نحوه هذا .

و لكن في المسالك « يمكن الفرق بين أن يكون قدقال : في عقد الكفالة كفّلت لك حضور بدنه ، أو حضور نفسه أو حضوره فيجب في الأوّل احضاره ميتاً إن طلبه

منه ، و إلا فلا ، و يبنى الثاني على أن الإنسان ما هو فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك ، و إلا فلا ، وفيه مالا يخفى، بعد ما عرفت من بناء شرعية الكفالة في تحصيل الحقّ على ذلك ، فلا مدخلية للعبارة حينئذ .

نعم لو كان المراد منها الشهادة على عينه وصورته ، إتجه حينئذ صحّتها و الإلزام باحضاره ميتاً ، بناء على صحّة الكفالة في ذلك كما سمعته سابقاً من الفاضل في القواعد، و لعلّه لذا قيّد الحكم المزبور هنا في القواعد بغير الشهادة على عينه ، بل في المسالك تبعا للمحقق الثاني عدم الفرق في ذلك بين كونه قد دفن أولا ، لأن ذلك مستثنى من حرمة نبشه ، سواء قلنا بجوازه للمال و عدمه ، ولو فرض تغيّره على وجه لا يمكن الشهادة عنه لم يجز احضاره لانتفاء الغرض حينئذ .

و بذلك يظهر لك النظر فيما في القواعد من خروج الكفيل على احضاره للشهادة على عينه عن العهدة ، بالدفن إن حرّمنا النبش لأخذ المال ، ضرورة عدم تفريع ذلك عليه ، فان الشهادة على عينه من مستثنيات النبش ، سواء قلنا بجوازه لأخذ المال و عدمه ، وقد تقدم في كتاب الجنائز البحث عن هذه المسائل ، ولو أنه بناء على جواز نبشه للشهادة على عينه كان أولى ،كما أنه لا يخفى عليك النظر في أصل صحّة الكفالة في ذلك ، للشك في تناول أدلّتها لمثله ولو كان موته بعد مماطلة الكفيل باحضاره ، فقد يظهر من إطلاقهم اتحاده في الحكم ، لكن لا يخلو من نظر، بل لولا الاجماع المزبور لم يخل أصل الحكم من نظر ، بناء على اقتضاء الكفالة التخيير بين الاحضار والمال ، فانه إذا تعذّر الأوّل بقي الآخر فتأمل جيّداً ، هذا كلّه في موت المكفول .

أما موت الكفيل فلا إشكال في بطلان الكفالة حينئذ بخلاف موت المكفول له . فان الحق ينتقل إلى وارثه ، لعموم أدلة الارث ، بعد أصالة بقاء الحقّ ، بل قد ذكرنا سابقا في الحوالة احتمال انتقال حقّ الكفالة بانتقال الدّين ببيع أو حوالة ونحوهما ، وإن صرّح الفاضل في القواعد وبعض شرّاح كلامه بعدم انتقاله كما ذكرنا ذلك سابقاً .

﴿ وكذا ﴾ يبرء الكفيل ﴿ لو جاء المكفول وسلّم نفسه ﴾ للمكفول له عن

الكفيل تسليماً تاماً أو سلّمه أجنبي عنه كذلك ، وقبل المكفول له لذلك ، لحصول الغرض ، وعدم الدليل على اعتبار كون ذلك من الكفيل ، إذ ليس هذا الحق أعظم من الدين ، بل لا يبعد وجوب القبول لنحو ما سمعته منا في دفع الدين مع المتبرع كما عن الأردبيلي التصريح بهما هنا .

بل لعلّه ظاهر المتن وغيره عدا الفاضل في محكي التذكرة ، وبعض من تبعه فإنه صرّح بعدم وجوب القبول عليه ، إلا أن يكون عن إذن الكفيل ، لعدم وجوب قبض الحق إلاّ ممن عليه ، وفيه نظر ولو سلّم نفسه أو الاجنبي لا عن الكفيل ففي موضع من محكي التذكرة عدم البراءة ، وعن موضع آخر منها اطلاق البراءة ، واستجوده في المسالك ولكن لا يخلو من إشكال كما عرفته سابقا في كفالة الاثنين .

﴿فرع : لو قال الكفيل : أبرأت المكفول ، فأنكر المكفول له كان القول قوله﴾ مع يمينه لأصالة بقاء الحق بعد اعترافه بثبوته سابقا ، كما هو مقتضى دعوى الإبراء ﴿ فلو ردّ اليمين على الكفيل ، فحلف برء من ﴾ حق ﴿ الكفالة ﴾ لكن ﴿ لم يبرأ المكفول من المال ﴾ بيمين غيره ، فالدعوى بينه وبين المكفول مستقلة ، فله اليمين على المكفول له لو ادّعى عليه الإبراء ، ولا يكتفى باليمين التي حلفها للكفيل ، كما أنّ له ردّ اليمين على المكفول ، فإذا حلف برء حينئذ .

نعم لو فرض سبق دعوى الابراء من المكفول فحلف اليمين المردودة برء هو وكفيله ، وإن كان قد حلف المستحق أولاً للكفيل على عدم الابراء لسقوط الحقّ بيمين المكفول فتسقط الكفالة ، كما لو أدّى الحق وعدم بناء أحد منهم الحكم في شيء من ذلك هنا ، على كون اليمين المردودة كالبيّنة أو الاقرار يقتضي كونها أصلاً برأسه .

المسألة ﴿ السابعة : لو كفل الكفيل آخر وترامت الكفلاء ، جاز ﴾ الكفالات وصحّ بلا خلاف ولا إشكال ، لوجود مقتضي الكفالة ، ولو أقال المستحق الكفيل الأوّل برؤا أجمع ، وكذا لو أحضر الأوّل منهم المكفول لأنهم فروعه ، ولو أقال أحدهم برء هو ومن بعده دون من قبله ، كما أنه لو مات يبرء من كان فرعاً له ، ولو مات الاوّل برؤا أجمع ، وليس للمكفول له مطالبة ورثة الكفيل الأوّل ، وإن احتمل ، لكنه في غير

محلـه ، ولوماتَ المكفول برؤا أجمع أيضاً ولايتوهم من صحة ترامیها صحة دورها کما في الضمان والحوالة ، لان حضور المكفول الأول يوجب براءة من كفّله ، وإن تعذر فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثامنة : لاتصح كفالة المكاتب ﴾ المشروط عند الشيخ بناء على أصله المتكرر من عدم لزوم مال الكتابة عليه ، لجواز تعجيزه نفسه ، وفيه ما عرفت من منع ذلك أولاً . ومن عدم اقتضائه الفساد ثانيا ، ولذا قال المصنف ﴿ على تردد ﴾ بل في المسالك « وتزيدهنا أنه إمّا عبد أو مديون وكلاهما مجوز للكفالة ، وموجب للاحضار» وهو مبني على ماسمعته سابقاً من الفاضل من جواز كفالة العبد . إلاّ أنك قد عرفت تقييده له بالآبق ، بل ظاهر المحكي عن غيره اعتبار اعتياد الاباق وقد عرفت النظر في أصل صحة الكفالة في ذلك ، وإن كان لايخلو من وجه باعتبار كونه مكلّفا مستحقا عليه الحضور ، بخلاف الدابة ونحوها من الأموال .

المسألة ﴿ التاسعة : لو كفل برأسه أو بدنه أو بوجهه ﴾ أو نحو ذلك ﴿ صح لأنه قد يعبّر بذلك عن الجملة عرفا ﴾ بلا خلاف أجده إلاّ من ثاني الشهيدين تبعاً لمحتمل المحقق الثاني ، قال : « لأن العضوين المذكورين وإن كانا قد يطلقان على الجملة ، إلا أن اطلاقهما على أنفسهما خاصة شايع متعارف إن لم يكن أشهر ، وحمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح مع الشك في حصول الشرط ، وأصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح ، نعم لو صرّح بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كما أنه لو قصد الجزء بعينه لم يكن الحكم كالجملة قطعاً ، بل كالجزء الذي لايمكن الحياة بدونه ، وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة تدلّ على أحدهما فعند ذلك لايصحّ التعليل بأنه قد يعبر بذلك عن الجملة » .

وفيه أن المراد من التعليل المزبور بيان صحة الاطلاق المزبور المراد منه ذلك قطعاً في عقد الكفالة ، ولو باعتبار تعارف التعبير به مريدا به الجملة فيها ، أو بيان الاكتفاء في الحمل على الوجه الصحيح ، لأصالة الصحة وغيرها بقابلية اللفظ لذلك بخلاف ما إذا لم يكن قابلاً ، وعلى هذا أو الأول يحمل كلام الأصحاب .

نعم الحق بهما الفاضل في محكي التحرير والتذكرة الكبد والقلب ونحوهما من الاعضاء التي لا يمكن الحياة بدونها والجزء المشاع كالثلث والربع وغيرهما ، ونظر فيه في القواعد من عدم السريان كالبيع ، ومن عدم إمكان احضار الجزء إلا بالجملة فيسرى ، وفي جامع المقاصد « لقائل أن يقول : إنّ احضاره وإن كان غير ممكن بدون احضار الجميع لا يقتضى الصحّة ، لأن الاحضار فرع الكفالة ، والمطلوب إنما هو صحّة الكفالة ، وإحضار ذلك العضو ، وحيث أن صحّتها إنما تكون بكفالة المجموع لم تصحّ هنا ، إذا المتكفل به ليس هو المجموع ، ولا ما يستلزمه ، وإن كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك العضو غير ممكن إلا باحضار المجموع ، والعقود اسباب متلقاة من الشارع فلابد في صحّتها من النص ، مع أن التعبير بذلك عن الجملة غير متعارف » وتبعه على ذلك في المسالك ، بل قال : « وحينئذ فعدم الصحّة أوضح » .

وفيه أن المراد بالاكتفاء في موضوع الكفالة الذي هو المجموع ملاحظته ولو بعنوان المقدمة لما هو المذكور في عقدها ، ولا يبعد الاكتفاء به ، لاطلاق الأدلة بل لو كان المقصود من ذلك إرادة الجملة صحّ ، وإن لم يتعارف التعبير بعنها ، لعدم اشتراط نحو ذلك في متعلق العقد ، بل يكفي فيه إرادته من اللفظ بالعربية ، وإن لم يجر على قانون اللغة ، ولكن مقتضى ذلك أنه لا يتم قول المصنف ﴿ ولو تكفّل ببدنه أو رجله واقتصر ، لم يصحّ ، إذ لا يمكن احضار ما شرط مجرداً ولا يسري إلى الجملة ﴾ بل هو المحكي عن المبسوط ومن تأخر عن المصنف .

نعم في القواعد وجهان وفي المسالك لا يبعد القول بالصحّة ممن يقول بها فيما سبق ، اللّهم إلا أن يقال : إن الوجه في ذلك عدم معلومية ملاحظة الجملة ، ولو بعنوان المقدمة ضرورة امكان انفصالهما مع بقاء الحياة ، فلا يتيقن إرادة موضوع الكفالة ، لعدم القرينة بخلاف الأول الذى لا يمكن التعيش بدونه ، إذ احتمال الاتيان بهما بعد موته مناف لأصل موضوع الكفالة المفروض ملاحظتهما إياه ، فلو فرض حصول قرينة في محل البحث على ملاحظة الاتيان بالجملة مقدمة لذلك ، أمكن الاكتفاء فيها بذلك لنحو ما عرفت ، أو يقال : إن الوجه في فرق الأصحاب بينه وبين الأول هو صحة التعبير

بالاوّل عن الجملة ، فيكفي أصل الصحة حينئذ في الحكم بارادتها منه ، بعد فرض عدم صحة التعبير لها عن الجملة بل لابدّ من التصريح بذلك ، أو بقرينة اخرى ، فيكفي حينئذ ، وإن كان غلطاً لما عرفت والله العالم والمؤيّد والموفّق والمسدد . وقدتم والحمدلله رب العالمين أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً .



﴿كتاب الصلح﴾

الذي قد دلّ على شرعيته بالخصوص ، الكتاب والسنة والاجماع من المسلمين قال الله تعالى [١] « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وقوله [٢] « فاتقوا الله وأصلحوا ذات بينكم » وقوله [٣] « إن يريدا إصلاحاً يوفق الله بينهما » وقوله [٤] « إنما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم » وقوله [٥] « فان فائت فأصلحوا بينهما بالعدل » وقوله [٦] « أو إصلاح بين النّاس » وإن كان في دلالة ماعدا الأوّل على الصّلح العقدي الذى عند الاصحاب تامل ، بل قيل : والأول ، وفي النبوى المروى في طرق العامّة ومرسلا في الفقيه [٧] « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً » .

وفي خبر حفص بن البختري [٨] عن أبى عبدالله عليه السلام « الصلح جائز بين المسلمين » .

وفي آخر عنه [٩] عليه السلام أيضاً « في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال : إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا باس » .

---

(١) سورة النساء الاية - ١٢٨ -

(٢) سورة الانفال الاية - ٨ -

(٣) سورة النساء الاية - ٣٥ -

(۴) سورة الحجرات الاية - ۴٩ -

(٥) سورة الحجرات الاية - ۴٩ -

(۶) سورة النساء الاية - ١۴ -

(٧) الوسائل الباب ٣ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ٢ -

(٨) الوسائل الباب - ٣ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ١ -

(٩) الوسائل الباب - ٥ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ٣ -

وفي ثالث [1] عنه عليه السلام أيضاً « سألناه عن الرجل يكون عنده مال لأيتام فلا يعطيهم حتى يهلكوا ، فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرأه مما كان عليه أيبرء منه ؟ قال : نعم » إلى غير ذلك من النصوص الدالة على كونه عقداً مستقلاً بنفسه ، لايتوقف على سبق خصومة ، مثل البيع وغيره من العقود .

﴿ و ﴾ إن كان ﴿ هو ﴾ في الأصل ﴿ عقد شرّع لقطع التجاذب ﴾ والتنازع بين المتخاصمين إلا أن ذلك فيه من الحكم التي لايجب اطرادها مثل المشقة في حكمة القصر ، ونقصان القيمة في الردّ بالعيب ، واستبراء الرحم للعدّة ، وغيرها من الحكم ألتي لاتقتضي تخصيصاً أو تقييداً لعموم الدليل أو اطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلها ، فضلاً عن خصوص الأدلة من السنة المستفيضة أو المتواترة والاجماع بقسميه ، كماهو واضح .

و إن أطنب فيه في المسالك و غيرها ، حتى أنّ بعضهم التجأ إلى دعوى أنه و إن كان شرّع في قطع الخصومة ، إلا أنه لادليل على اشتراطها فيه ، بل الأصل عدم ذلك . و آخر إلى غير ذلك مما لاحاجة إليه بعد ماعرفت ولا إلى ما قيل : - من أنه ربما يشعر لفظ الصّلح بتحقق منازعة ، لكن لايتعين كونها سابقة ، بل يصح إطلاقه بالاضافة إلى دفع منازعة متوقعة محتملة ، و إن لم تكن سابقة ، كما يفصح عنه آية النشوز [2] فاشتراط السبق في مفهومه غفلة واضحة .

نعم لاتساعد الاخبار المتقدمة على الدلالة على المشروعية حيث لامنازعة سابقة ولامتوقعة ولكن يمكن الذبّ عنه بعدم القائل بالفرق بين الأمّة فكلّ من قال : بالمشروعية لدفع منازعة و إن لم تكن سابقة كما دلّ عليها اطلاق الاخبار المذكورة قال بها في الصورة المزبورة التي لم تكن فيها منازعة سابقة ولامتوقعة ، - إذ فيه أن المراد بلفظ الصّلح الواقع في ايجاب العقد انشاء الرضا بما توافقا واصطلحا و تسالما عليه فيما بينهما ، لاأن المراد به خصوص الصّلح المتعقب للخصومة مثلاكما هوواضح.

(١) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب احكام الصلح الحديث - ١ -

(٢) سورة النساء الاية ١٢٨ .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿ ليس ﴾ هو عندنا ﴿ فرعاً على غيره ﴾ من العقود ﴿ و ان أفاد فائدته ﴾ بل في التذكرة و عن السرائر الاجماع عليه ، و هو الحجة ، مضافاً إلى ظهور الأدلة السابقة أوصريحها في عدم فرعيته بل بعض موارده المصرح بها في بعض النصوص لايصلح لأن يكون موضوعاً لغيره ، على أن إفاده عقد مفاد آخر لايقتضي الاتحاد معه على وجه تلحقه أحكامه ، وإلا لاقتضى اتحاد الهبة مثلاً بعوض معلوم مع البيع ، وهو واضح البطلان ، فان الاحكام الشرعية تتبع عناوينها ، فكل حكم ثبت لموضوع خاص منها لايثبت لغيره من تلك الحيثية .

نعم لابأس بثبوته من دليل آخر ، فماعن الشيخ - تارة أنه بيع مطلق ، واُخرى ما عن الشافعي ، من أنه فرع له إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم ، وللاجارة إذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم ، وللعارية إذا تضمن التسلط على منفعة بغير عوض ، وللهبة إذا تضمن ملك العين بغير عوض ، وللإبراء إذا تضمن اسقاط دين - لاوجه له ضرورة فرض عدم القصد به شيئاً منها ، وإلاكان باطلاً لعدم وقوع البيع والهبة مثلاً بلفظ الصلح ، ولادليل على ثبوت أحكامها له إذا أفاد فائدتهما ، على أنه لايتم فيما ثبت بالنصوص من موضوع الصلح الذي لايندرج في شيء من المذكورات كما لايخفى على من لاحظها ، بل الاتفاق فتوى و رواية هنا على عدم اشتراط المعلومية في المصالح عليه في الجملة ، بخلاف البيع .

﴿ و ﴾ كيف كان فلاخلاف بيننا في أنه ﴿ يصح مع الاقرار والإنكار ﴾ بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى العمومات . نعم المراد من الصحة - مع الإنكار - الظاهرية بمعنى أنه يجرى عليه حكم الصحة ظاهراً لافي نفس الأمر ، فان المدعي - ديناً أو عيناً أو منفعة مثلاً و أنكره المدعى عليه - إن كان محقاً لم يصح للمنكر ما بقي له من مال المدعي ، - سواء كان من الجنس أولا ، وسواء عرف المالك قدر الحق أولا ، وسواء ابتدأ هو بطلب الصلح عن حقه أم لا ، لأنه ربما كان توصلاً إلى أخذ بعض حقه ، بل لوفرض أنه صالحه عن العين مثلاً بمال فهي بأجمعها حرام ، ولايستثنى له منها مقدار مادفع إليه من العوض ، لفساد المعاوضة في نفس الأمر ، إلا أن يفرض

رضاً المدعي باطنا بالصلح عن جميع ماله في الواقع بذلك ـ و إن كان مبطلاً لم يحل له مادفعه إليه المنكر ، رفعاً لدعواه الكاذبة وللضرر عن نفسه ونحوذلك ممالايتحقق معه التراضي المبيح لأكل مال الغير إلامع فرض الرضا المزبور ، وإنما الحكم بالصحة بحسب ظاهر الشرع ، لاشتباه المحق من المبطل ، قال علي بن أبي حمزه [1] «قلت لابي الحسن عليه السلام : رجل يهودي أو نصراني كان له عندي أربعة آلاف درهم ، فهلك ، أيجوزلي أن أصالح ورثته ولا أعلمهم كم كان ؟ فقال : لايجوز حتى تخبرهم » و في صحيح عمر بن يزيد[2] عن أبي عبدالله عليه السلام «إذا كان للرجل على الرجل دين فمطله حتى مات ، ثم صالح ورثته على شيء ، فالذي أخذه الورثة لهم ، و ما بقي فهو للميت يستوفيه منه في الآخرة ، فإن لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كلّه للميت يأخذه به » .

نعم في المسالك « لوكانت الدعوى مستندة إلى قرينة تجوزها ، كما لووجد المدعي بخط مورثه أن له حقاً على أحد أو يشهد له من لايثبت بشهادته الحق ،ولم يكن المدعي عالما بالحال ، وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على إسقاطها بمال أو على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الأمر ، لأن اليمين حق يصح الصلح على اسقاطها ، و مثله مالو توجهت الدعوى بالتهمة ، حيث يتوجه اليمين على المنكر ولايمكن ردها » .

لكن في جامع المقاصد في مفروض المسألة «ليس بعيدا من الصواب صحته ظاهراً وما في نفس الامر تابع لصحة الدعوى وعدمها ، ويحتمل الصحة مطلقا ، لأن اليمين حق فيصح الصلح لاسقاطها » .

قلت: قد يناقش في الصحة ظاهرا في الأول بانها غير متصورة بعد القطع بكون أحدهما مبطلا سواء كان المدعي أو المنكر ، والفرض كفايته في الفساد في نفس الأمر فكيف يجامع الحكم بالصحة في ظاهر الشرع ، اللهم الا أن يدعى أن مبنى شرعية

---

(١) و (٢) الوسائل الباب -٥- من ابواب احكام الصلح الحديث -٢- -٤- مع اختلاف يسير .

الصلح على ذلك ، فيحكم حينئذ بالصّحة عليه ظاهرا مادام الواقع مشتبها ، ولم يعلم المبطل منهما بعينه ، فيجب على المصالح دفع ما وقع عليه الصلح من العوض ، كما أنه لايجوز للمصالح بالكسر الدعوى بما وقع الصلح عنه ، وإن كان هذا الصلح لايبيح للمبطل منهما الشيء في نفس الأمر ، ولذا لوانكشف الحال بعد الصلح باقرار عمل عليه ، حكم بفساد الصلح في الظاهر أيضاً ، وهل البيّنة كالاقرار في ذلك وجهان هذا و قد تقدم في التحالف في كتاب البيع ما يستفاد منه ان القطع بالواقع في الجملة لاينافي اجراء الحكم في الظاهر تبعاً لمؤثريته ، وكذا قد يناقش في الصّحة في نفس الأمر في الثاني بأن المتجه عليه حلية ذلك له ، حتى لوانكشف الحال بعد ذلك ، ولا اظن القائل يلتزمه ، ولعله لذا جعل الصحة في الواقع في جامع المقاصد تابعة لصحة الدعوى في نفس الامر و عدمها ، و كون اليمين حقاً يصح الصلح على اسقاطه ، لا ينافي اعتبار المراعاة فيه بما اذا لم ينكشف الواقع ، والاجرى الحكم على ما في الواقع .

نعم مادام الواقع مشتبها في نفسه يحكم بملكيته العوض مثلا ويحلّ التصرف فيه ونحو ذلك ، ويمكن تنزيل مراد القائل بالصّحة في نفس الأمر على ذلك ، لأن المراد الصحّة فيه مطلقا حتى لوبان الامر بعد ذلك .

الّلهم إلا أن يدعى ان ظهور الأمر بعد ذلك لاينافي ثبوت الحق وقت الصلح الذي قد وقع على اسقاطه ، و هو كاف في الصّحة في نفس الأمر وان انكشف الحال بعد ذلك .

ولكنّه كماترى ، على أنه لايتم فيما لوفرض انكشاف الحال بصحّة دعوى المدعي ، فإن المال حينئذ في يد المنكر باق على ملك المدعي الذى قد صولح على إسقاط ماله من حقّ اليمين ، ولم يحصل منه ما يقتضى انتقال المال إلى المنكر ، لأن الفرض عدم حصول الرضا منه بالمعاوضة عليه ، وبالجملة يمكن أن يقال: إن الصّلح في قطع الدعوى كاليمين من المنكر الذى قديدعى أنهامن أقسام المعاوضة شرعاً أيضاً وقد ذكروا أيضاً فيه أنه ليس له المقاصة باطنا ، وإن كان هو لايبيح المال في الواقع .

نعم لوأقرّ بعد ذلك أخذ باقراره خاصّة ، و في البيّنة خلاف ، لصحة عدم

الالتفات اليها ، فيمكن جعل الصّلح القاطع للنزاع مثله في ذلك كله ، ضرورة كون المنشأ في ذلك كله إسقاط الدعوى واستيفاء المدّعي عوضها اليمين ، ونحو ذلك مما يأتي مثله في الصّلح فتأمل جيّداً فا نه لايخلو من نظر ، كما أنه لايخلو حلية المال بمجرد كتابة المورّث مثلاً منه أيضا .

نعم قد يقال : بحليّة ما دفع المتخلص من يمين التهمة باعتبار ايماء مشروعية اليمين لها بذلك ، ولو قلنا بمثله في كتابة المورّث أمكن حليته لذلك .

وكيف كان فقد ظهر لك أن الصّلح بين المسلمين جائز مع الإقرار والانكار ﴿إلّا ما﴾ أي صلحاً ﴿أحلّ حراماً﴾ كاسترقاق الحرّ واستباحة بضع المحرمات وشرب الخمر ، واللواط ﴿أوحرّم حراماً﴾ بأن لايطأ حليلته ، أو لاينتفع بماله ، أونحو ذلك مما علم عدم جواز الصّلح على اجتنابه ، و حينئذ فالاستثناء متصل ، ضرورة كون الصّلح على مثل ذلك باطلاً ظاهراً وباطناً ، وربما فسّر أيضاً بصلح المنكر على بعض المدعى به أو منفعته أو بدله مع كون أحدهما عالماً ببطلان الدّعوى كماسبق تحريره ، لكن الاستثناء حينئذ منقطع ، لما عرفت من الحكم بصحته ظاهراً ، وإنما هو فاسد في نفس الأمر ، والحكم بالصّحة والبطلان إنما يطلق على ما هو الظاهر .

نعم بناء على ماعن الشّافعي من عدم الصّحة مع الانكار يكون الاستثناء متّصلاً و ربما كان ذلك هو الدّليل له ، فا نّه حينئذ محلّل للحرام بالنّسبة إلى الكاذب ، و محرّم للحلال بالنّسبة إلى المحق ، الا أن فيه ما عرفت ، مضافا إلى عدم ظهور الخبر المزبور فيه ، بل يمكن أن يكون مراد الشافعي البطلان في نفس الامر أيضاً خاصة لامطلقا وحينئذ يرتفع النزاع بيننا وبينه كما أنه يمكن دعوى الاتصال على ذلك أيضا ، بناء على ارادة البطلان في نفس الأمر من عدم الجواز في الخبر المزبور ، كما أنه يمكن إرادة جعل الصّلح شارعا من الاستثناء ، بمعنى أن الصّلح الباطل هو الذي يكون مضمونه تحليل ماحرّم الله وبالعكس ، على وجه يكون به الحلّ والحرام ، إلى غير ذلك من الوجوه المحتملة فيه ، والله العالم .

﴿ وكذا يصحّ ﴾ الصلح ﴿ مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه ، ومع

جهالتهما به ﴿ بلاخلاف فيه في الجملة ، بل في المسالك و غيرها الاجماع عليه ، لاطلاق الأدلّة وخصوص الصحيح (١) عن الباقر والصادق عليهما السلام « أنهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ، لايدرى كل واحد منهما كم له عندصاحبه ، فقال كل واحد منهما لصاحبه : لكما عندك ، ولي ما عندى ، فقال : لابأس بذلك إذا تراضيا وطابت به أنفسهما» ، ونحوهما الموثق (٢) والمناقشة - باحتمال كون مضمونها الابراء ، لا الصلح - يدفعها فهم الأصحاب ذلك منها ، و ظهور إرادة المعاوضة فيها ، وليست حينئذ إلاّ الصلح ، فلاإشكال حينئذ في الدلالة على المطلوب ، على أن الحاجة ماسّة إلى تحصيل البراءة مع الجهل ، ولاوجه إلاّ الصلح .

نعم لوكان أحدهما عالماً بدون الآخر لم يصحّ الصلح في نفس الأمر بل لابدّ من الاعلام بالقدر إن كان الجاهل المستحق ، كما سمعته في خبر أبي حمزه ، (٣) أو كان المصالح به قـدر حقّه مع فرض عدم تعيّنه ، و مع ذلك فالعبرة بـوصول الحق لابالصلح .

نعم لوفرض الرضا الباطني على كل حال صحّ كما عرفته فيما تقدم ، وإن كان العالم ، المستحقّ ، لم يصحّ الصلح بزيادة عن الحق بل بقدره فما دون عكس الاول إلا مع فرض الرّضا المزبور الذي يمكن استفادة حكمه ــ مضافا إلى (٤) عموم«تسلط الناس على أموالهم» - من الصحيح (٥)عن الصادق عليه السلام « في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح ؟ فقال : إذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلابأس» وغيره بناء على إرادة الصّلح بالأنقص كما هو الغالب ، مع عدم اعلامه بالحال ، والحكم في ذلك كله واضح ، بل الظاهر عدم اعتبار المنازعة في ذلك ، إذ الحكم المزبور يأتي في مطلق التصالح و إن لم تكن منازعة مع علمهما وجهلهما كوارث تعذر علمه بمقدارحصته ، وشريك امتزج ماله بمال الآخر بحيث لايتميز ولايعلمان قدرمالكل منهما ونحوذلك ، بل في المسالك

---

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب -٥- من ابواب أحكام الصلح الحديث ١-٣-٢- .
(٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ من الطبعة الحديثة .
(٥) الوسائل الباب -٥- من ابواب احكام الصلح الحديث -٣- .

« ولو كان جهلهما بالقدر لتعذر المكيال والميزان ومسّت الحاجة إلى نقل الملك فالأقرب الجواز و هو خيرة الدروس » .

قلت : بل في التذكرة : لايشترط العلم بما يقع الصلح عنه لاقدراً ولاجنساً بل يصح الصلح سواء علما قدر ماتنازعا عليه وجنسه أو جهلاه « ديناً كان أو عيناً » وسواء كان ارثاً أو غيره عند علمائنا أجمع » اطلاقه ـ كما في المتن وغيره ، بل والنصوص كما اعترف به في الرّياض ـ يقتضي عدم الفرق في الصّحة بين كون المصالح عنه مما يتعذر معرفتهما له مطلقاً أولا، أمكن معرفته في الحال أم لا ، لعدم مكيال او ميزان و نحوهما من أسباب المعرفة بل لاخلاف في الأولى على ما قيل ، لاتفاق الأدلة نصّاً وفتوى عليها ، مضافاً إلى أن ابراء الذمة أمر مطلوب ، والحاجة إليه ماسّة ، ولاطريق إليه إلا الصلح ، فلاإشكال فيها ، وكذا في الثالثة عند جماعة كالشهيدين والفاضل المقداد لتعذر العلم به في الحال مع اقتضاء الضرورة ومساس الحاجة لوقوعه ، والضرر بتأخيره وانحصار الطريق في نقله فيه مع تناول الأدلة السابقة له ، و من هذا القبيل أيضاً الصلح على نصيب من ميراث أو عين يتعذر العلم بقدره في الحال ، مع إمكان الرّجوع في وقت آخر إلى عالم به ، مع مسيس الحاجة إلى نقله في الحال .

نعم والرّياض يشكل في الثانية من عموم الأدلة بالجواز المعتضدة باطلاقات عبائر كثير من الأصحاب ، ومن حصول الجهل والغرر فيها الموجبين للضرر بالزيادة والنقيصة مع إمكان التحرز عنهما ، ولذا قيد في المسالك و غيرها الصّحة بما إذا تعذّر تحصيل العلم بالحقّ والمعرفة بالكلية ، ثم قال : وهو حسن ، إمّا لترجيح عموم أدلة النهي عن الغرر أو لتعارضهما مع عموم جواز أدلّة الصلح مع عدم مرجح للثانية ، فلابد من المصير حينئذ إلى حكم الأصل ، و هو الفساد و عدم الصحّة ، مضافا إلى إمكان ترجيح أدلة النهي عن الغرر باعتضادها بالاعتبار ، ورجحانها عند الاصحاب على أدلة الصّحة في كثير من المعاملات المختلفة كالبيع والاجارة ونحوهما من المعاملات المختلفة .

وفيه أولاً : منع العموم في المعتبر من أدلة النهي عن الغرر ، فضلاً عن ترجيحه أو معارضته لعموم الصلح و الرجوع إلى أصالة الفساد إذ لم نعثر في المعتبر منها إلا

على النهي عن الغرر [1] في البيع الملحق به الاجارة بالاجماع .

على أن اطلاق النصوص السابقة ـ ومعقد إجماع التذكرة المعتضد باطلاق المتن وغيره من عبارات الأصحاب كما اعترف هو بذلك كله ـ كاف في تخصيص أدلة الغرر، بل قوله [2] في الصحيحين « إنا تراضيا بذلك و طابت أنفسهما » ظاهر إن لم يكن صريحاً في أن المدار في الصحّة على ذلك ، ولو مع الجهل الذي يمكن زواله ، كظهور الحكم بالصحّة في الصورتين الأوليين في ذلك أيضاً عند التأمّل ، خصوصاً الثانية منهما ، ضرورة عدم صلاحية التعذر في الحال مع مسيس الحاجة إلى النقل الممكن بالهبة المعوضة و نحوها لارتفاع حكم الشرطية أو المانعية بعد فرض عدم الدليل بالخصوص ، والا لاقتضى ذلك في البيع ، وهو واضح الفساد ، على أن ترجيح أدلة الغرر بما سمعت يقتضي كون مدخليته هنا نحوها في البيع والاجارة الذي لافرق في مانعيته فيهما بين التعذر مطلقا وفي الحال وعدمه ، ومسيس الحاجة مع عدم رجوعه إلى نفي الحرج في الدين لايؤثر أثراً ، ودعوى إرادة ذلك منه ممنوعة ، ولو سلّمت لم تقتض إختصاص الصّلح بذلك ، بعد الاغضاء عن أصل جريان نفي الحرج في المقام ، فالاقوى حينئذ الصحّة مطلقا ، إلا الجهالة التي لاتؤل إلى علم ، للابهام ، بل الظاهر عدم الفرق في ذلك بين المصالح به ، والمصالح عنه ، كما هو مقتضى الصحيحين السابقين و غيرهما من الأدلة السابقة ، فما عن الشافعي ـ من عدم جواز الصلح على المجهول مطلقا بل ظاهره المفروغية من اعتبار العلم بالمصالح به ، و لذا احتج به على اعتباره في المصالح عنه أيضاً بالقياس عليه ـ واضح الفساد ، وكذا ما في الدروس «من أن الأصح اشتراط العلم في العوضين إذا امكن ، إلى أن قال : ولو تعذّر العلم بما صولح عليه جاز كما في وارث يتعذر علمه بحصته ، وكما إذا امتزج مالاهما بحيث لايتميز ولا تضر الجهالة ، و رواية منصور بن حازم [3] تدلّ عليه ، ولو كان تعذر العلم لعدم المكيال

(١) الوسائل الباب ـ ٤٠ـ من ابواب آداب التجارة الحديث ـ٣ـ .

(٢) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب احكام الصلح الحديث ـ١ـ وذيله .

(٣) الوسائل الباب ـ٥ـ من ابواب أحكام الصلح فى ذيل الحديث ـ١ـ .

والميزان في الحال ومساس الحاجة إلى الانتقال فالأقرب الجواز، فإنه لايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه، كما أنه لايخفى عليك اقتضاء ما ذكرناه عدم الفرق في الصحة بين العلم في الجمله بالوصف أو المشاهدة وعدمه أصلا، فما عن الأردبيلي من الموافقة على عدم اعتبار ما يعتبر في البيع من المعلومية، ولكن يعتبر فيه العلم في الجملة، إما بالوصف أو المشاهدة - محل للنظر أيضاً بل المنع، نعم قد يقال: بالمنع مع الجهل الذي لايؤول إلى علم، لابهامه كما ستعرف إنشاءالله، لعدم صلاحيته للنقل والانتقال.

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ هو ﴾ أي عقد الصلح بناء على ما قلناه من كونه أصلا برأسه ﴿ لازم من الطرفين مع استكمال شرائطه ﴾ بلاخلاف، لعموم «أوفوا»[١] وغيره من أدلة اللزوم التي سمعتها في غيره من العقود نعم يجيىء على قول الشيخ الجواز في بعض موارده، كما إذا كان فرع العارية أو الهبة على بعض الوجوه، بناء على أن مراده لحوقه حكم ما أفاد فائدته، أما على المختار فليس إلا على اللزوم، ﴿ إلا أن يتفقا على فسخه ﴾ بالاقالة الشامل دليلها له ولغيره، كما عرفته هناك والله العالم.

﴿ و إذا اصطلح الشريكان ﴾ عند انتهاء الشركة، و إرادة فسخها أو مطلقا، على ما ستعرف ﴿ على أن يكون الربح والخسران على أحدهما، وللآخر رأس ماله صح ﴾ بلاخلاف في الجملة فيه، للمعلومات، وخصوص المعتبرة منها الصحيح[٢] عن أبي عبدالله عليه‌السلام في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحاً وكان من المال دين وعليهما دين فقال أحدهما لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى، فقال: لابأس إذا اشترطا، فإذا كان شرطاً يخالف كتاب الله عز وجل فهو رد إلى كتاب الله عزوجل» ونحوه الآخر[٣] عنه أيضاً إلا أنه قال: كان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين. وكذا الثالث[٤] إلا أنه قال: «وكان المال ديناً» ولم يذكر العين ولا «عليهما دين» والرابع[٥] إلا أنه قال: «كان المال ديناً وعينا».

(١) سورة المائدة الاية -١-.
(٢-٥) الوسائل الباب -٤- من ابواب احكام الصلح الحديث -١- وذيله.

قيل : وليس في شيء منها كالعبارة و ما ضاهاها من عبائر الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة أوبعده ، وإن لم يرد القسمة لظهور سياق الرواية فيما قيدنا به العبارة من تعقب القول بأن الربح والخسران لأحدهما ورأس المال للآخر للشركة وحصوله بعدها ، وبعد إرادة القسمة لقوله « فربحا فيه ربحاً » و « اعطني رأس المال » وليس في قوله «اذا اشترطا » منافاة لذلك ، لاحتمال أن يكون المراد منه إذا تراضيا رضاً يتعقب اللزوم بوقوعه في عقد لازم ، كعقد صلح ونحوه ، وليس المراد اذا اشترطا في عقد الشركة كما توهم ، لاختصاصه حينئذ بنفي البأس في صورة وقوع الشرط فيه ، بل دلالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غيره ظاهرة ، ولاقائل بهما فتعين كون المراد ما ذكرنا ، و وجه اشتراطه « عليه السلام » ذلك خلو السؤال عن بيان رضا الآخر ، و إنما غايته الدلالة على صدور القول من أحدهما ، و نحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة ، لأن اشتراط ذلك فيها لايسمى صلحاً ، بل اشتراطا .

قلت : اول من تنبه لذلك الشهيد في الدروس فقال : « لو اصطلح الشريكان عند إرادة الفسخ على أن يأخذ أحدهما رأس ماله ، والاخر الباقي ، ربح أو توى جاز ، للرواية الصحيحة ، ولو جعل ذلك في ابتداء الشركة فالأقرب المنع ، لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه » ثم تبعه ثاني المحققين وثاني الشهيدين ، إلا أن الأخير منهما صرح بأن اطلاق العبارة يقتضي التعميم ، كما أن المحدث البحراني صرح بظهور النصوص في وقوع ذلك في اثناء الشركة و إن بقيت مستمرة ، بل جعل ذلك ظاهر إطلاق العبارات .

والتحقيق في المسألة أن يقال : إنه إن كان المراد مما في النص والفتوى كون هذا الصلح جاريا على مقتضى عموم مادل على مشروعيته ، وغير محتاج إلى دليل بالخصوص ، وإنما النصوص المخصوصة مؤكدة لذلك - كما يؤمي اليه استدلال الفاضل في التذكرة عليه أولاً بالعموم ، ضرورة صحة الصلح من أحد الشريكين عما يستحقه في الأعيان المشتركة بالمقدار المساوي لرأس ماله في ذمة الشريك الاخر ، و حينئذ

يخرج المال عن الشركة ويختصّ بالمصالح ، و إنما يكون العوض في ذمّته - فلاريب في صحّة ذلك في ابتداء الشركة ، أي بعد مزج المالين قبل العمل بهما ، وفي الأثناء و عند إرادة الفسخ ، بل لافرق في صحته بهذا المعنى بين الشركة والمضاربة .

و ان كان المراد منهما صحة الصلح على أن يكون استحقاق أحدهما في المال رأس ماله تاماً وللاخر الباقي ، ربح أوخسر والمال باق على الشركة من غير أن يكون ذلك في ذمة المصالح بالفتح ، فلو لم يحصل من المال حينئذ إلا دون رأس ماله ، لم يكن له رجوع عليه ، فان قلنا إنّ ذلك أيضاً مقتضى العمومات ، كان المتّجه أيضاً الصحة في الصور الثلاثة وإن قلنا إن جواز مثل هذا الصلح محتاج إلى الدليل الخاص ولاتكفي فيه العمومات بل لولاه لكان من الصّلح المحلل للحرام ، وبالعكس،فالمتجه المنع في غير مورد النصوص المزبورة ، إلا أنه يمكن منع ظهورها في خصوص صورة انتهاء الشركة ، و إرادة الفسخ ، بل لابأس بايقاع الصّلح المزبور المفروض إفادته الاستحقاق المزبور مع بقاء المال على الشركة يعمل به ، بل لعلّ عموم [1] « تسلط الناس على أموالهم » يقتضيه ، و منه ينقدح الجواز في ابتداء الشركة أي بعد مزج المالين ، ثم ايقاع صيغة الصّلح على النحو المزبور ، فيعمل بالمال على هذا الوجه الذي مرجعه إلى الكلي المضمون في المال ، و أنه لايستحق سواه ، سواء بقي المال وزادت قيم أعيانه أولا ، وسواء عمل به باذن من الاخر أولا .

ودعوى - أن الثابت صحته من النّصوص الصّلح عماسبق من الربح والخسران لامايتجدد- يدفعها منع ذلك أولاً ووضوح عدم الفرق ثانياً ،ضرورة أنه بالصّلح صارت شركة على هذا الوجه ، سواء بقي المال على هذا الحال أولا ، ضرورة أنه لوأراد دفع رأس المال له فنفد أعيان مال الشركة واتفق حصول الربح بذلك لم يكن له إلا رأس المال الذي وقع عليه الصلح قطعا ، و ليس ذلك تعدّ من محلّ النص الذي هو عند التأمّل مطلق ، فان المراد من قوله « أعطني » الكناية عن استحقاق رأس المال نعم لايجوز التعدّي إلى غير الشركة كالمضاربة ولا إلى غير هذه الصورة في الشركة كالصلح

(١) البحار ج -٢- ص ٢٧٢ من الطبعة الحديثه .

على اختصاص الربح بأحدهما دون الخسران ونحوه .

ومن ذلك كله ظهر لك أن المتجـه على كل حال الجواز مطلقا ، كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره من عبارات الاصحاب ، بل والنص . نعم الأقوى عدم جواز ذلك بطريق الشرطية ، لا في الابتداء ولا في الاثناء ولا عند الانتهاء ، ضرورة عدم المقتضي للزوم وإنما هو وعد ، بل قيل: إنه مناف لمقتضى العقد الذي هو تبعية الربح والخسارة للمال فهو مخالف للكتاب والسنة ، بل عائد عليه بالنقص ، و ليس هو كاشتراط الخيار في عقد البيع ونحوه المنافي للزوم الذي هو مقتضى الإطلاق لا العقد نفسه الذي لا يقتضي إلا الانتقال خاصة ، واللزوم من صفاته وكيفياته الخارجية ، بخلاف عقد الشركة الذي ليس مقتضاه إلا ما عرفت ، فمع اشتراطه لم يبق للشركة معنى بالكلية ، و يكون بمنزلة العقد للشيء بشرط عدمه ، والبيع المشترط فيه عدم الانتقال ، و إن كان قد يناقش فيه بأن ذلك لو كان منافيا لمقتضاها لم يجز حتى بالصلح الذي قد عرفت جوازه للأدلة المزبورة المراد بالشرط فيها ما فهمه الأصحاب من وقوع ذلك بعقد الصلح ، فانه ربما يطلق إسم الشروط على العقود .

و من الغريب جعل بعضهم محل النزاع هنا الاشتراط حتى قال : « إنه ليس في عبائر الجماعة إطلاق يشمل صورة الاشتراط في ابتداء الشركة الذي يسمى اشتراطاً ولا يسمى صلحاً» وقد عبروا به إذ قد عرفت أن محل البحث الصلح لا الشرطية ، ولكن هل صحته مختصة في صورة وقوعه عند ارادة فسخ الشركة أو عامة له ولوقوعه في أثنائها أو عند ابتدائها ، أي بعد مزج المالين لمشروعية الاشتراك على هذا الوجه بالصلح من غير فرق بين الجميع ، ولا ريب في اقتضاء اطلاق المتن وغيره ذلك ، بل لعله مقتضى التأمل الصادق في النصوص أيضاً .

وأما مسألة الشرطية في عقد الشركة فهي مسألة أخرى مذكورة في باب الشركة لا مدخلية لها فيما نحن فيه ، فمن الخبط جعل كلامهم هناك مقيداً لاطلاقهم هنا كما هو واضح و به يظهر لك ما في جملة من كتب المصنفين خصوصاً الرياض فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ولو كان معهما درهمان ، وادعاهما أحدهما وادعى الآخر أحدهما ، كان لمدعيهما درهم ونصف ، وللآخر مابقي ﴾ بصحيح عبدالله بن المغيرة [1] عن غير واحد من أصحابنا « عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما : الدرهمان لي و قال الآخر : هما بيني وبينك قال : فقال أبو عبدالله عليه السلام : أما الذي قال : هما بيني وبينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له فيه شيء و أنه لصاحبه، ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين » .

ومثله مرسل محمد بن أبي حمزة [2] المنجبر ارسالها بالشهرة ، مع أن في سنديهما ابني أبي عمير والمغيرة من أصحاب الاجماع ، وإرسال أحدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح عند بعض ، و المراد بكون الدرهمين معهما في الخبرين والمتن أنهما في أيديهما ليتساويا في الدعوى ، إذ لو كانا في يد أحدهما لقدم قوله بيمينه .

نعم ظاهر الخبرين والمتن وغيره أن الحكم كذلك من غير يمين ، و أنه لافرق بين كون الدعوى فيهما بالنصف من كل منهما على الاشاعة أو بواحد منهما على التعيين بل لعلهما في الأول أظهر منهما في غيره لكن في التذكرة بعد أن فرض موضوع المسألة دعوى أحدهما الدرهمين والاخر واحداً منهما قال : « الاقرب أنه لابد من اليمين ، فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الآخر الذي تصادمت دعواهما فيه ، فمن نكل منهما قضي به للآخر ، ولو نكلا معاً أو حلفا معاً قسم بينهما نصفان» واستحسنه في المسالك ، لعموم [3] « واليمين على من أنكر » و في الدروس «لو كان معهما درهمان فادعاهما أحدهما وادعى الآخر اشتراكهما ، ففي الرواية المشهورة للثاني نصف درهم ، وللأول الباقي ، ويشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعاً فانه يقوى القسمة نصفين ، ويحلف الثاني للأول ، وكذا كل مشاع» .

وربما أشكل ما في التذكرة بعدم تمامية إحلاف كل منهما في صورة الدعوى على الاشاعة ، لاختصاص الحلف حينئذ بالثاني والبينة بالأول ، و مع ذلك يستحق

(١) (٢) الوسائل الباب -٩- من ابواب احكام الصلح الحديث -١- .

(٣) المستدرك ج -٣- ص ١٩٩ .

بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف ، و ما فيها و الدروس أيضاً بوجوب الخروج عن مقتضى القاعدة ، و تخصيصها بالخبرين المعتضدين بالفتوى ، بل ذلك كله كالاجتهاد في مقابلة النص والفتوى الظاهرين في عدم اليمين أصلاً ، والصريحين أو كالصريحين خصوصاً الخبرين منهما في فرض موضوع المسألة في الاشاعة ، بل ظاهرهما أن ذلك على وفق الضوابط العامة ، لا أنه تعبد صرف .

و من هنا أمكن أن يقال : بأن الوجه في عدم اليمين من أحدهما أنه بعد تساويهما في اليد المقتضية لملك كلّ منهما الكلّ ، المنافي لقاعدة عدم ملك المال المتحد للمالكين ، التي لا يختص الخروج عن التعارض فيها بالنصف الذي هو خلاف مقتضاها ، لامكان الحكم بكونه لواحد منهما ، ويستخرج بالقرعة أو بغير ذلك ، فاليد حينئذ بعد ان كانت كذلك لا تصير أحدهما منكراً عليه اليمين ، بل هما بعد أن تساويا من هذه الجهة صارا بحكم من لا يد لأحدهما ، والمتجه فيه قسمة المال بينهما نصفين قطعاً للدعوى ، فهو كالصلح القهري بينهما بذلك ، لا أن النصف مقتضى يد أحدهما حتى يكون منكراً بالنسبة إلى دعوى الآخر عليه ، وكذا العكس فيكونان كالمدعي من وجه والمنكر من آخر ، فيتحالفان . ضرورة ثبوت الحكم المزبور في غير ذوي الأيدي كما تسمعه في الوديعة ، وفي التداعي في المال المطروح ونحوهما ، و اليد إنما قضت بالجميع .

ومعارضتها بالأخرى لا تقتضي تنزيلها على النّصف الذي هو خلاف مقتضاها ، وحينئذ فليس النصف المحكوم به في النص والفتوى إلا لقطع الخصومة بينهما بذلك بالعدل والانصاف ، لعدم تحقق الدعوى من أحدهما والانكار من آخر ، لكون المفروض تساويهما من كل وجه ، ففي الحقيقة ليس إلا دعوى واحدة ، وهي ملكية الدرهم ، إلا أن أحدهما يدعي أنه له ، والآخر كذلك ، ولا ترجيح لأحدهما ، بعد معارضة يد كلّ منهما للأخرى ، الموجب للتساقط نحو البينتين المتعارضتين من كل وجه ، فيقسّم المال بينهما ـ على احتماله فيهما بحسب دعواهما ، فان كانا اثنين فالنصف ، و إن كانوا ثلاثة فالثلث ، و هكذا قطعاً للخصومة بينهما ـ بالعدل والانصاف ، فهو

كالصلح القهري ، ولعلّه لذا ذكر الأصحاب هذه المسألة وماشابهها في هذا الكتاب .

ومنه يعلم الوجه حتى في الدعوى بالاشاعة ، ضرورة أنها لاتنافي الإقرار بالدرهم الكلي المشاع المنطبق على نصفي الدرهم والثلثين من درهم ، والثلث من آخر ، و هكذا ، فيبقى النزاع بينهما في الدرهم الآخر على إشاعته ، فيدعيه المقر له بالدرهم الأوّل مضافاً إلى ذلك الدرهم ، والآخر ، يدعيه له فيقسّم بينهما نصفين على الإشاعة للقاعدة التي ذكرناها ، التي قد أومي اليها في الخبرين السابقين المعتضدين بالفتوى المجردة عن ملاحظة اقتضاء اليد ، الموجبة للتوهم أن مدعى الدرهم الآخر المنضم إلى ما اقتضته يده ، من النصف الذي هو درهم أيضاً مشاع ملفق ، مدع صرف ، والآخر منكر ، باعتبار أنه قد ادعى عليه ما اقتضته يده ، فيحلف ويستحق النصف المشاع ، و هو الدرهم الملفق ، إذ قد عرفت القاء اليد في المقام ، وأنّ الحكم بالنصف نصاً وفتوى لقطع الخصومة بينهما بعد تساويهما من كل وجه ، فتأمل جيداً فإنه دقيق جداً .

و به يظهر الوجه فيما في النص والفتوى الصريحين في الاشاعة ، و أنه ليس ذلك من باب التعبد كما لايخفى على من تأمّل الخبرين والفتاوى .

و منه يعلم الوجه فيما ذكره المصنف و غيره بل المشهور من قوله ﴿ وكذا ﴾ الحكم فيما ﴿ لو أودعه إنسان درهمين و آخر درهماً وامتزج الجميع ثم تلف درهم ﴾ فإنّ لذي الدرهمين درهماً منهما لااحتمال فيه ، وأما الاخر فهو محتمل لكل منهما ولامرجح ، فالعدل بينهما قسمته نصفين بينهما للقاعدة التي عرفتها وأكدها هنا خبر السكوني[1] عن الصادق عليه السلام « في رجل استودعه رجل دينارين واستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما ؟ فقال : يعطي صاحب الدينارين ديناراً و يقسمان الدينار الباقي بينهما نصفين » بل ظاهره عدم اعتبار الامتزاج في هذا الحكم ، بل يكفي الاشتباه ، كما أن ظاهره ذلك وإن لم تتصادم دعواهما في الدينار ، وأنه لايمين على أحد منهما خصوصاً مع عدم علم كلّ واحد منهما بعين حقّه .

لكن في المسالك استشكله في ضعف المستند بأن التالف لايحتمل كونه منهما

(١) الوسائل الباب -١٢- من ابواب احكام الصلح الحديث -١- .

بل من أحدهما خاصّة ، لامتناع الاشاعة هنا والموافق للقواعد الشرعية هنا القول بالقرعة ، و مال إليه في الدروس إلا أنه تحاشى عن مخالفة الأصحاب .

قلت : قال في الدروس : «ولو أودعه واحد دينارين وآخر ديناراً فضاع دينار واشتبه ففي رواية السكوني لصاحب الدينار نصف دينار وللآخر الباقي ، والعمل بها مشهور ، وهنا الاشاعة ممتنعة ، ولو كان في اجزاء ممتزجة كان الباقي أثلاثا ، و لم يذكر الأصحاب في هاتين المسالتين يميناً ، و ذكروهما في باب الصلح ، فجائز أن يكون ذلك الصلح قهريا ، وجائز أن يكون اختيارياً ، فان امتنعا فاليمين ، والفاضل في أحد أقواله يحكم في مسألة الوديعة بأن الدينارين الباقيين بينهما أثلاثا ، كمختلط الأجزاء وفيه بعد ، ولو قيل : بالقرعة أمكن » .

و فيه : أنها عند الاشكال ، ولا إشكال بعد النص والفتوى ، والقاعدة التي أشرنا إليها في قسمة المال بين مدّعيه ، قلوا أوكثروا بالسوية بعد فرض استوائهم في قطع الدعوى بذلك المنزّل منزلة الصلح القهري فيما بينهم .

و منه يعلم ما في احتمال كونه اختياريا ، ضرورة إمكان القطع بعدمه من النص والفتوى ، كالقطع بعدم اليمين في جميع الصور حتى المسألة الأولى التي حصل الاشتباه في مالك المال من تعاقب يديهما المقتضية ملك كلّ واحد منهما ، بعد معلومية عدم ملكية المال المتّحد لمالكين ، و إبطال اقتضاء كل من اليدين في النصف ، ليس بأولى من القول بحصول الاشتباه في مالك الكلّ الذي هو مقتضى يد كلّ منهما ، فيكون مالا مشتبها دائراً بينهما ، تأتي فيه القاعدة السابقة .

وأما ماحكاه عن الفاضل ، فهو كما ذكر في غاية البعد مع فرض الاشتباه بدون امتزاج ، ضرورة عدم حصول الشركة بينهما بذلك ، أما مع فرضه فقد يقال : بأنه كالممتزج من الحبوب حينئذ ، أللهم إلا أن يدّعى حصول الشركة بها قهراً شرعاً بخلاف غيره من الدراهم ونحوها ، لكنه كماترى ، فالأولى فرض مسألة المتن بدون امتزاج كما في النصّ .

أما معه وقلنا بحصول الشركة به مطلقا فالمتّجه فيه حينئذ حكم الأقفزة في

كون التالف على النسبة ، واحتمال الفرق بالقطع في الحبوب بكون التالف منهما بخلافه في مسألة الدرهم - يدفعه أولا : أنه لاقطع بكونه على النسبة في الحبوب ، إذ يمكن التفاوت ، وثانيا : عدم المدخلية لذلك بعد فرض الدليل شرعاً على حصول الشركة بالامتزاج في المثليات على وجه يرفع التمييز .

وقد ظهر لك من ذلك كله أن الحكم المزبور - في هذه المسائل التي قد عرفت اتفاق النص والاعتبار والمعظم من الفتوى عليه - قائم مقام الصلح فيها بالنسبة إلى قطع المخاصمة ، ولهذه المناسبة ذكرها الأصحاب في كتابه .

و من ذلك المسألة الثالثة ﴿ و ﴾ هي ما ﴿ لو كان لواحد ثوب بعشرين درهما، ولآخر ثوب بثلاثين درهما ، ثم اشتبها ، فإن خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه ، و إن تعاسرا بيعا وقسم ثمنهما بينهما ، فأعطى صاحب العشرين سهمين من خمسة وللآخر ثلاثة ﴾ التي قد افتى المشهور فيها بذلك لخبر إسحاق بن عمار [1] عن الصادق عليه السلام « في الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب ، و آخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولاهذا ثوبه قال : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن ، والآخر خمسي الثمن ، قلت : فإن صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين ، : إختر أيهما شئت ، قال : قد أنصفه » المنجبر بالشهرة مع احتمال صحة سندها في طريق الصدوق ، بل والشيخ .

فما عن ابن ادريس من القرعة و مال اليه في المسالك في غير محله ، ضرورة عدم الإشكال بعد ما عرفت ، معتضداً بالاعتبار الذي يقضي بكون مثل هذا الاشتباه كالاشتراك ، بل لولم يشتبها و بيعامعاً كان الثمن موزعاً على حسب قيمتهما ، إلا أن الظاهر من النص والفتوى عدم اعتبار المعية في بيعهما في الحكم المزبور، بل ظاهرهما صيرورة مالكيهما كالشريكين باعتبار احتمال تملك كل منهما لكل منهما ، فهما بمثابة الشريكين فيهما على نسبة قيمتهما .

فما في التذكرة - « من أنه إن بيعا منفردين وتساويا في الثمن فلكل واحد

---

(١) الوسائل الباب -١١- من ابواب أحكام الصلح الحديث -١-

ثمن ثوب ولا إشكال ، و إن اختلفا فالأكثر لصاحب الأكثر قيمة ، وكذا الأقلّ بناءً على الغالب ، و إن بيعا مجتمعين صارا كالمال المشترك شركة إجبارية كما لو امتزج الطعامان فيقسم الثمن على رأس المال - » كالاجتهاد في مقابلة النص المعتضد بفتوى المعظم ، المقتضي صيرورتهما بمثابة الشريكين على كل حال .

ولذا قال في الدروس بعد حكاية ذلك عنه: «ويلزم على هذا ترجيح أحد الأمرين من بيعهما معاً أو منفردين إذ الحكم مختلف » ويظهر أنه متى أمكن بيعهما منفردين امتنع الاجتماع ، والرواية مطلقة في البيع ، ويؤيّدها أن الاشتباه مظنة تساوي القيمتين فاحتمال تملك كل منهما لكل منهما قائم ، فهما بمثابة الشريكين .

نعم ما فيها أي الدروس « من أنه إن عملنا بالرواية ففي تعديها إلى الثياب والأمتعة والأثمان المختلفة ، نظر، من تساوي الطريق في الجميع وعدمه ، والأقرب القرعة هنا» مخالف لقولهم عليهم السلام[1] علينا ان نلقي إليكم الاصول ، وعليكم أن تفرعوا[2] « ولا يكون الفقيه فقيها حتى نلحن له في القول فيعرف ما نلحن له » ولظهور إرادة التعليم منها مؤيداً ذلك كله بموافقة ما فيها للاعتبار ، ومناسبته لما سمعته سابقا مما شرع لقطع التنازع والتخاصم ، فالأقوى حينئذ التعدية . هذا وربما ظهر من الحكم في هذه المسألة أنه من بيان موضوعات الاحكام ، لا من باب المرافعات ، ضرورة عدم ميزان للحكم فيها من البيّنة واليمين ، ولعل الأمر في المسائل السابقة كذلك أيضا، فلا يتوجه ما سمعته سابقا من بعضهم من اليمين فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ و إذا بان أحد العوضين ﴾ المعينين في العقد ﴿ مستحقاً ﴾ للغير أو غير قابل للعوضية كالخمر و الخنزير ﴿ بطل الصلح ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ضرورة أنهما من أركان هذا الصلح الذي قد وقع فيه ، و إن لم نقل أنه يعتبر في الصلح العوض ، لقيامه مقام الهبة والعارية إلا أن الحكم بصحّته منهما هنا غير مقصود فيه ، فالمقصود حينئذ لم يصح بالفرض ، والذي فرض صحّته غير مقصود .

(١) الوسائل الباب -٦- من ابواب صفات القاضي الحديث -٥١-

(٢) المستدرك ج -٣- ص ١٩٤ مع اختلاف يسير.

ولايقاس ما هنا على المهر في النكاح ـ الذي فساده فيه لايقتضي فساد العقد، باعتبار كونه ليس من الاركان فيه، بل يرجع إلى مهر المثل لحرمة القياس أولا، ولعدم عوض مقرر شرعاً هنا، ـ كمهر المثل الذي يرجع إليه عند فرض عدم المهر ـ ثانيا، ولكون المهر في عقد النكاح بعد أن دلّ الدليل على عدم فساد العقد بفساده، صار كالملتزم المستقل عندالعقدبالنسبة إلى حكم المزبور، بخلاف المقام الذى لادليل فيه كذلك، و إن ثبت وقوع الصلح بلاعوض كما هو واضح.

ولافرق عندنا بين القصاص وغيره في الحكم بالبطلان مع علم المصالح بفساد العوض خلافا لبعض العامة فأسقط القصاص به، وهو كماترى مقتض لترتيب الأثر على الفاسد.

نعم المنساق من العوض في المتن وغيره ماقيّدنا به العبارة من كونه معيّنا، أما إذاكان مطلقا فظهر استحقاق المدفوع عنه مثلارجع ببدله، كالبيع، ولافساد في العقد كما أنه لوظهر في المعين عيب مثلا تخير في الفسخ، ولابطلان، لكون الصحّة منها باعتبار الانسياق إليها كالمذكورة وصفها فيها، فمع فرض عدمها يثبت الخيار، لقاعدة نفي الضرر وغيرها.

نعم في تخييره بين الفسخ وبين الأرش كمافي البيع اشكال، أقواه العدم، لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بالبيع الذي لايدخل فيه الصلح على الاصحّ، ودعوى ـ أن ثبوته أيضاً من قاعدة نفي الضرر كالخيار ـ واضحة المنع، ضرورة أنها لاتقتضي الا عدم اللزوم المترتب عليه الضرر.

ومن ذلك يعلم ثبوت كل خيار في البيع في الصلح اذاكان دليله قاعدة نفي الضرر أو غيرها ممّا يصلح لتناول الصلح كخيار الغبن الذي قد صرّح بثبوته هناغير واحد وتخلف الوصف، وعدم الوفاء بالشرط، واشتراط الخيار، ونحوذلك بخلاف مااختص دليله بالبيع كخيار المجلس والحيوان ونحوهما، بناء على عدم فرعيّة الصلح للبيع والله العالم.

﴿ و ﴾ على كل حال فلااشكال في أنه ﴿ يصحّ الصلح على عين بعين أومنفعة،

وعلى منفعة بعين أو منفعة ﴾ للعمومات المقتضية لذلك ، ولغيره من الصلح عن الحق اسقاطاً أو نقلاً كحق الخيار ، وحق التحجير ، وحق الشفعة بحق مثله ، أو عين أو منفعة أو غير ذلك من صور الاختلاط ، بل الظاهر أنها تقتضي صحة الصلح عن كل حق حتى يعلم عدم جواز اسقاطه أو نقله شرعاً ولذلك أفراد كثيرة ، كحق السبق الى الوقف ، وحق القذف والغيبة ، وحق الرجوع في الطلاق في البذل وغير ذلك مما تسمعه في تضاعيف هذا الكتاب وغيره .

نعم الظاهر في كثير من الحقوق صحة الصلح لإسقاطها لا نقلها ، بل لو شك فيه أمكن القول بعدم مشروعيته بعمومات الصلح فتأمل جيدا .

﴿ ولو صالحه على دراهم بدنانير أو بدراهم صح ﴾ و ﴿ ان ﴿ لم يكن ﴾ ثم قبض في المجلس ، لما عرفت من عدم كون الصلح ﴿ فرعاً للبيع ﴾ عندنا ، ﴿ و ﴾ أنه ﴿ لا يعتبر فيه ما يعتبر في ﴾ بيع ﴿ الصرف على الأشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده وكذا لو قام مقام بيع السلم لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس ، الى غير ذلك من الأحكام المختصة بالبيع حتى الربا ، بناء على أنه منها .

نعم لو قلنا بشموله لجميع المعاوضات ، اتجه حينئذ جريانه في الصلح ، ﴿ و ﴾ قد تقدم تحقيق ذلك في كتاب البيع الا أنه على كل حال ﴿ لو أتلف على رجل ثوباً قيمته درهم ﴾ مثلا ﴿ فصالحه عنه على درهمين ﴾ أو أقل من الدرهم ﴿ صح ﴾ ، على الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده والأشهر بل في الدروس المشهور ﴿ لان الصلح وقع عن الثوب ﴾ أو عن قيمته الكلية التي لا تختص بالدرهم ﴿ لا عن الدرهم ﴾ الذي لم يثبت في الذمة .

لكن في المسالك في شرح هذه العبارة تبعاً لجامع المقاصد بل والدروس « هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله ، ليكون الثابت في الذمة ثوباً ، ويكون هو متعلق الصلح ، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمة المتلف إنما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بدرهمين ، الربا فيبطل ، وهو الأقوى ، بل في الدروس ، أنه لذلك أبطله في الخلاف والمبسوط » .

وفيه : أن المعلوم من مذهب المصنف ، ضمان القيمي بقيمته لا بمثله الذي هو مذهب نادر ، وليس ما في كلام المصنف والفاضل بل المشهور كما سمعت مبنياً على ذلك بل هو إما لأن الثابت في القيمي في الذمة نفسه كما هو مقتضى قوله عليه السلام [1] « على اليد ما أخذت » بل وقوله [2] « من أتلف » إلى آخره ، وإن كان الواجب دفع القيمة عنه عوضا شرعياً ، لعدم إمكان أداء نفسه ، وعدم معرفة مثل له ، حتى يكون أقرب من القيمة ، فالصلح حينئذ إذا وقع يقع عنه لا عن قيمته ، وليس هذا قولاً بكون القيمي يضمن بمثله الذي هو معنى وجوب تأديه المثل التسامحي عرفاً ، أو لأنه وإن قلنا بكون الثابت في الذمة قيمته إلا أنها غير متعينة في خصوص الدراهم ، وان كان لو أديت منها كانت قيمته درهماً ومن الدينار كذا ومنهما كذا ، وهذا لا يقضي بكون الثابت في الذمة الدرهم بخصوصه ، كي يستلزم الصلح عليه بدرهمين الربا ، لكون الصلح فرع البيع ، أو لأن الربا يعم المعاوضات أجمع ، فيكون المراد من الثوب في المتن قيمته حينئذ ، ولعل غرض المصنف والفاضل وغيرهما ممن تعرض لهذه المسألة التعريض بما سمعته من الخلاف والمبسوط .

نعم قد يقال بعدم الصحة على هذا الوجه لو فرض أن النقد الغالب من جنس ما صالح به بناء على كونه حينئذ هو الثابت ، بخلاف ما اذا تعدد الجنس واستويا بأن كان دراهم ودنانير والله العالم .

﴿ ولو ادعى داراً فانكر من هي في يده ثم صالحه المنكر ﴾ عن اسقاط دعواه ﴿ على سكنى سنة ﴾ مثلا ﴿ صح ﴾ بلا خلاف ولا اشكال عندنا ﴿ ولم يكن لأحدهما الرجوع ﴾ عن ذلك لما عرفت من كون الصلح من العقود المستقلة اللازمة ﴿ وكذا لو أقر له ﴾ المدعي ﴿ بالدار ثم صالح ﴾ المنكر المدعي المقر على سكنى سنة ، أو أن المراد أقر من هي في يده ثم صالحه المقر له على سكنى المقر سنة .

(١) المستدرك ج - ٢ - ص ٥٠٤ وسنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ .

(٢) قاعدة متصيدة من بعض الاخبار راجع للاطلاع على مدركها الجزء الثاني من القواعد الفقهيه للسيد البجنوردى .

وعلى كل حال فهوصحيح ، بناءً على عدماعتبار العوض في صحته ، بلولازم بناء على ماسمعت من كونه عقداً مستقلا برأسه ، مندرج تحت [1] « أوفوا بالعقود » وغيره منأدلة اللزوم .

﴿و﴾ لكن ﴿ قيل ﴾ والقائل الشافعي منالعامة والشيخ من الخاصة ﴿ له الرجوع ، لأنه هنافرعالعارية ﴾ اذهو اباحة منفعة بلاعوض ﴿و﴾ قد عرفت سابقا أن ﴿ الأول أشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، وأنّ افادةعقد مفاد آخر لاتقتضي لحوق أحكامه ، على أنالصلح هنايقتضى ملك المنفعة لااباحتها ، ولقد أفصح عن ذلك كله فيالدروس بقوله : « ولوادعى داراً فأقرّ له بهافصالحه علىسكنى المقرّ سنةصح ولارجوع ان جعلناه أصلاً وجوّزناه بغير عوض ، ولوأنكر فصالحه المدعى عليه على سكنى للمدعي سنة فهو أولى بعدم الرجوع ، لأنه عوض عن دعواه ، وكذا لوكان الساكن المنكر ، لأنه عوض عن جحوده هذا .

ولكن في المسالك « وانما قيّد المصنف بإنكار من هي فيبده معجواز الصلح معالاقرار والانكار ليتصور كون الصلح المذكور عارية عند الشيخ ، لأنه جعل اباحة منفعة بغير عوض . أمّا لوأقرله بها فإنّ الصلح،وان جاز الا أن المنفعة يقابلها عوض وهوالعين ، فلايتحقق العارية ، مع أنالشافعيلماشرط في صحةالصلح الإقرار ،وجعله فرعاً على العقود الخمسة ، مثل للعارية بما ذكر هنا ، مع كون المدعى عليه مقراً ، ووجهه أن العوضين من واحد ، فكان الحكم راجعا الى العارية » .

ولايخفى عليك مافيه من وجوه النظر ، بللايكاد يتصور له وجه صحة ، حتى ماحكاه عن الشافعي فإنالمنقول عنهفي التذكرة مثالاً لذلك هوأن يكون في يدهدار فيقرله بها ، فيصالحه على سكناها شهراً ، فإنه ـ سواء أراد سكنى من فييده المقرّ بها للغير ، أوسكنى المدّعي الذي فرض اقراره بهالمن هيفييده ـ غيرما سمعته عنه عندالتأمل والأمر في ذلك سهل بعد وضوح الحال.

انما الكلام في صحة هذا الصلح بسبب عدم اشتماله علىالعوض ، وكذا الصلح

(١) سورة المائدة الاية ـ ١ ـ .

القائم مقام الهبة كما لو قال : صالحتك عن هذه الدار ، فيقول: الآخر قبلت نحو قوله في القائم مقام العارية: صالحتك عن منفعة هذه الدار سنة مثلا ، فيقول الآخر : قبلت، فيصح صلحاً لازماً وهكذا، فإن ما سمعته من الدروس صريح في التردد فيه، بل صرّح الفاضل في غير واحد من كتبه بأن من أركانه المصالح منه ، والمصالح به ، بل في موضع من التذكرة أنه معاوضة إجماعاً ، بل أرسله الكركي وغيره إرسال المسلمات ، فان قيل : عليه ، إنّ الصلح اذا وقع موقع الابراء - كما لو صالحه من الحق على بعضه - فإنه صحيح ، لعموم شرعية الصلح ، وليس فيه عوضاً . قلنا : يكفي في المغايرة الجزئية والكلية بل ربما كان في قوله تعالى [1] « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض» اشعار به ، بناء على ارادة المعاوضة من التجارة ، وان كان فيهما فيه، كما أن في الاكتفاء بالجزئية والكلية في تحقق المعاوضة ما لا يخفى . والا لكفت في غير الصلح من عقودها ، على أنه لا يتمّ في القائم مقام العارية كما في نحو المقام .

بل منه يعلم ما في دعوى كونه من عقود المعاوضة ، مضافاً الى خلو نصوص المقام عن اعتبار ذلك فيه ، بل ربما ظهر منها خلافه ، كما لا يخفى على من لاحظها ، بل قد يدعى كون المستفاد منها أن كلما يتفقان عليه ويصطلحان عليه مما لم يكن فيه تحليل حرام ، أو بالعكس كان من الصلح الجائز ، وجرت عليه أحكام عقد الصلح من اللزوم وغيره ، وان كان مقتضى ذلك عدم اختصاص ما يقوم الصلح مقامه بخمسة، البيع والاجارة والهبة ، والعارية ، والابراء . كما هو ظاهر جماعة ، بل صريح الكركي في حاشية الكتاب .

ضرورة كون المتّجه حينئذ قيام الصلح مقام المضاربة وغيرها ، وفائدته اللزوم وغيره من أحكام الصلح ، الا أني لم أر مصرّحاً به كما أني لم أر تحريراً لهذه المسألة في كلامهم ، بل ولا أن المراد بالمعاوضة فيه الصّورية لا الحقيقية ، بمعنى أنه عند تأليف عقده لابدّ فيه من صورة مصالح عنه ومصالح به ، وعلى تقديره فليس في الأدلّة مايقوم بذلك ، والمتّجه ما عرفت من عدم اعتبارها فيه صورة وحقيقة ان لم يكن اجماع على

(١) سورة النساء الاية - ٢٩ - .

خلافه ، ولعل ما ذكره غير واحد من صحة الصلح عما في الذمة بالأنقص في غير الربوي بل وفيه حتى على القول بعمومه له ، باعتبار كون هذا الصلح ليس معاوضة ، بل هو في معنى الابراء كما اعترف به في الدروس ، مستدلاً عليه بقول النبي صلى الله عليه وآله(١) لكعب بن مالك لما تخاصم مع آخر « اترك الشطر واتبعه ببقيته » وبأنه روي عن الصادق عليه السلام (٢) ما يشهد لذلك في الجملة ، بل الظاهر عدم الفرق بين أن يكون صورته صالحتك على ألف بخمسمأة ، او بهذه الخمسمأة ، و ان ظهرت فيها صورة المعاوضة لكن الأقوى جوازها أيضا ، لاشتراكهما في الغاية .

نعم الأقرب كما في الدروس الافتقار الى قبول الغريم هنا وإن لم يشترط في الابراء القبول ، لاجل اتمام عقد الصلح ، وعلى كل حال فمما ذكرنا يظهر لك أولوية الجواز فيما لو صالح على المؤجل باسقاط بعضه حالا ، و إن كان بجنسه كما هو مقتضى إطلاق الاصحاب ، لما عرفت من عدم كونه معاوضة ، فلا يجري فيه الربا ، لكن في الدروس بعد اعترافه باطلاق الأصحاب الجواز قال : « وهو إما لأن الصلح هنا ليس معاوضة ، أو لأن الربا يختص البيع ، أو لأن النقيصة في مقابل الحلول » وفي الثاني منهما أنه لا يتم لفتوى جماعة أو المشهور بعموم الربا ، بل والثالث بأن ذلك يقتضي جوازه في البيع ، ولا يقولون به ، فليس إلا الأول الذي هو قد أفتى به في الصلح عن الحال ببعضه ، فضلاً عن المؤجل .

وعلى كل حال فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله ، ولو ادعى على الميت ولا بينة فصالح الوصي تبع المصلحة ، وما عن ابن الجنيد من إطلاق المنع في غير محله والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿ لو ادعى اثنان ﴾ مثلاً ﴿ داراً في يد ثالث ﴾ مثلاً متفقين على التصريح بأن ملكهما لها ﴿ بسبب موجب للشركة ﴾ بينهما ﴿ كالميراث فصدق المدعى عليه أحدهما ﴾ بمقدار حقه دون الآخر ، كان ذلك مشتركا بينهما ، ولا يختص به المقر له ، لما عرفت من إتفاقهما على اتحاد السبب بالنسبة إليهما على وجه يمتنع

(١) (٢) المستدرك ج - ٢ - ص ٤٩٩ .

استحقاق أحدهما دون الآخر ، ضرورة عدم الفرق بين الكل والبعض في الشركة ، بعد فرض اتحاد السبب الذي لافرق في اقتضائه الشركة بينهما ، فمع فرض إقرار المتشبث بأن نصف الدار ليس له ، كان حينئذ من مخلّفات الميّت باتفاقهما ، ولامعارض لهما فيه فيشتركان فيه ، وتخصيص ذي اليد له بأحدهما غير مجد بعد اتفاقهما فيما بينهما على مقتضى الشركة في المقرّ به ، وإنما نفع اقراره رفع يده عنه .

﴿ و ﴾ حينئذ فاذا ﴿ صالحه على ذلك النصف ﴾ الذي أقرّ له به ﴿ بعوض فان كان باذن صاحبه ﴾ ولو لاحقاً ﴿ صحّ الصلح في النصف أجمع ، وكان العوض ﴾ مشتركاً ﴿ بينهما ، وإن كان بغير إذنه صحّ في حقّه وهو الربع ﴾ خاصّة ﴿ وبطل في حصّة الشريك وهو الربع الآخر ﴾ هذا كلّه مع التصريح منهما بالسبب المقتضي للشريك.

﴿ أمّا لو ادعى كل واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة ﴾ كما لو قال أحدهما : لي النصف بالارث و الآخر بالشراء ﴿ لم يشتركا فيما يقرّ به لأحدهما ﴾ لعدم المقتضي لها بعد فرض أن سبب ملك كل منهما غير الآخر ، وإنما الاشتراك قد جاء من جهة الاشاعة .

نعم لو قالا : اشتريناها معاً أو اتّهبناها و قبضناها معاً ففي التذكرة « الأقرب أنه كالارث ، لاشتراك السبب ، وهو أحد قولي الشافعيّة ، والثاني أنهما لايشتركان فيما أقرّ به ، لأن البيع بين اثنين بمنزلة الصفقتين ، فان تعدد المشتري يقتضي تعدد العقد و كان بمنزلة ما لو ملكا بعقدين » .

هذا خلاصة ما يقال في توضيح ما ذكره المصنف وجماعة في القسمين . ولكن في المسالك « فيه بحث ، لأنه لايتم الأعلى القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة ، كالاقرار وهم لايقولون به ، بل يحملون إطلاقه على ملك البايع والمصالح ، حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين مطلقا ، إنصرف إلى نصفه خاصّة ، لا النصف المشاع بينه وبين شريكه ، بخلاف الاقرار ، فانه إخبار عن ملك لشيء فليستوى فيه ماهو ملكه وملك غيره ، وحينئذ فاللازم هنا أن ينصرف الصلح إلى نصيب المقرّ له خاصّة فيصح في جميع الحصّة بجميع العوض ويبقى المنازعة بين الآخر والمتشبث » .

هذا إذا وقع الصلح على النصف مطلقا ، أو النصف الذي هو ملك للمقرّ له ، أما لو وقع على النصف الذي أقرّ به المتشبث توجّه قول الجماعة ، لأن الاقرار منزّل على الاشاعة ، والصلح وقع على المقرّ به فيكون تابعاً له فيها ، و على هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ماذكروه من القاعدة التي ذكرناها ، وهذا توجيه حسن لم ينبهوا عليه».
قلت : لايخفى عليك ما فيه من أنّ ما ذكروه من قاعدة الانصراف المزبور فيما إذا كان متعلق البيع مقدار حق الشريك البايع لا في نحو المقام المفروض فيه عدم ثبوت غير الربع للبايع ، والفرض أن مورده النصف ، على أن عبارة المتن وغيرها كالصريحة في كون المراد النصف الذي قد أقرّ به له ، بل لم يقصد المشتري الا ذلك ، وإلا لاتجه حينئذ دفع العوض جميعاً له ، وبقاء الربع من النصف المقرّ به للشريك ، ضرورة عدم انتقاله بالصلح المفروض مورده النصف المدّعى به الذي لاوجه للصّلح عنه الاعلى ارادة اسقاط الدعوى به ، ضرورة عدم ثبوت شيء له الا الربع الحاصل من النصف المقرّ به فاذا فرض تنزيل الصلح على المختص به ، ولو بدعواه الذي لايلحقه شريكه فيه ، و هو الربع من النصف المقرّ به ، و الربع من النصف في يد المتشبث يختصّ حينئذ بالعوض ، و يكون الشريك على ربعه في النصف المقرّ به حينئذ ، و هو غير ما قصده المشتري قطعاً ، بل غير مفروض البحث .

اللّهم الا أن يفرض أن المقرّ به بالنسبة الى المقرّ ليس هو الا النصف الذي لايلحقه شريكه به فمع فرض كون المقصود بالصلح النصف الذي هو كذلك يتّجه حينئذ اختصاصه بالعوض ، ويبقى النزاع بين الشريك والمتشبث فتأمل جيّداً والأمر في ذلك سهل .

إنما الكلام فيما ذكره في جامع المقاصد فانه بعد أن قرّر ما في القواعد بنحو ما سمعته منّا في تقرير ما في المتن قال : « ولقائل أن يقول : لافرق بين تغاير السبب وكونه مقتضياً للتشريك في عدم الشركة ، لأن الصلح إنّما هو على استحقاق المقرّ له و هو أمر كلي يمكن نقله عن مالكه إلى آخر ، و لهذا لوباع أحد الورثة حصّته من الإرث صحّ ، ولم يتوقف على رضا الباقين ، فان أجيب - بأنّ الانكار لاستحقاق

الآخر صيّر النصف كالتالف ، فيجب أن يكون منهما لامتناع تلف حصّة أحدهما دون الاخر ـ قلنا : فإذا تغاير السبب يجب أن يكون كذلك ، مع اعتراف المقرّ له بالشركة ، ـ إلى أن قال ـ : ونبّه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب ـ ثم قال : ـ و الذي يقتضيه النظر أن الحكم في مسألة الإرث قبل قبض الوارثين صحيح ، لأن الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب تركة بالنسبة الى الورثة والتالف لايحسب عليهم ، وكأنه لم يكن ، وامتناع الوصول اليه كتلفه في هذا الحكم والظاهر أنه لاخلاف في ذلك أما بعد القبض واستقرار الملك لهم ، وانقطاع كل من الورثة عن حق الآخر فلادليل على الحاق تعذّر الوصول إلى حقّ بعضهم بالانكار مع عدم البيّنة ونحوه بتلف البعض في هذا الحكم ، والأصل عدمه فينبغي التوقف فيه ، فليلحظ الحكم المذكور في المبيع ، ولوكان المشترك ديناً فأقرّ لبعض وأنكر بعضاً ففي التركة قبل القبض لابحث ، وبعد القبض وغير التركة من أقسام الشركة فيه الخلاف المشهور من أن الحاصل لهما ، والتالف عليهما وعدمه » .

وكأنه أخذ ذلك مما حكاه في التذكرة عن أحد قولي الشافعيه ، قال فيها بعد أن ذكر أصل المسألة بنحو ما قرّرناه : « هذا إذا لم يتعرضا لقبض الدار ، أما لوقالا : ورثناها وقبضنا ثم غصبها منا ، فالأقرب أنه كذلك أيضا ، يشتركان فيما يقبضه المقرّ له منه ، لأن ايجاب الإرث الشيوع و هو لايختلف ، و هو أحد قولي الشافعي ومحكي عن أبي حنيفه ، و مالك ، والقول الاخر له : إنه لايشاركه ، لأن التركة إذا حصلت في يد الورثة صار كل منهما قابضاً لحقّه ، وانقطع عمافي يد الاخر ، ولهذا يجوز أن يطرء الغصب على نصيب أحدهما خاصّة ، بأن تزال يده ، فإن المغصوب لايكون مشتركا بينهما .

لكن في المسالك بعدأن حكى عن الشهيد والمحقق الثاني ماسمعت من انصراف الصلح الى حصّة المقرّ له من غيرمشاركةالاخر مطلقا ، وعن الأخير منهما الفرق بين الصلح قبل قبض التركة وبعده قال : « وهذا الفرق انمايتمّ فيما لو قبض أحدالوارثين شيئًا من أعيان التركه أو باعه ، أما الصلح فيبنى على مالوصالح أحد الشريكين في

الدين على حقّه فيه هل يختصّ بالعوض أم لا ؟ و الظاهر الاختصاص ، لأن الذاهب لايخرج عن كونه حقّاً له ، والصلح لم يقع على عين خاصّة ، حتى يشتركا في عوضها ، و انما وقع على حقّه ، وهو ممكن نقله بعوض فالبحث السابق مثله آت في مسألة الإرث قبل القبض وبعده » .

و مما ذكرناه يعلم حكم المدعى المذكور الذي قد صولح على بعضه ، لوكان ديناً فان قبض عوض الصلح فيه يكون كقبض أحد الشريكين في الدين حصته بالصلح ، و قد تقدّم الكلام فيه في باب القرض ، ويأتي فيه في كتاب الشركة مزيد بحث .

والتحقيق أن يقال : ان محلّ كلام الاصحاب في المدعيين المتفقين على اتحاد جهة ملكهما ، و أنه ليس لأحدهما احتمال اختصاص عن الاخر بوجه ، و حينئذ فاقرار المتشبث بالنصف لأحدهما لم يفد في حقّ المقرّ له فائدة تخصه ، بعد سبق اقراره لشريكه ، و انما أقصاه صيرورة هذا النصف لا يد لأحد عليه ، فيبقى على الارث بينهما بمقتضى اقرارهما ، فهو حينئذ كما لو قال من في يده الدار: انّ نصفها ليس لي ، ولاريب في اشتراكهما فيه ، ولحوق النقص لكل منهما بسبب النصف الاخر الذي بيد المتشبث عليه .

وأمّا على فرض احتمال اختصاص أحدهما بالمقرّ به ، دون الاخر الذي يحتمل في حقّه أنّه قد باع حقّه من المتشبث ، أووهبه ايّاه ، أو نحو ذلك لم يشارك المقرّ له ، بل وكذا لو ادعى كل منهما في نصفه ، فحلف أحدهما اليمين المردودة دون الاخر.

وحينئذ فما وقع من أوّل الشهيدين ــ و تبعه الكركي من احتمال اختصاص المقرّ له بعوض النصف الذي قد صالح عنه المقرّ له ، قياساً على بيع الشريك حصّته المشاعة التي لا يتصور الاشتراك فيها ــ في غير محلّه ، ضرورة صراحة كلامهم في فرض المسألة في الصلح عن النصف المتفقين على اتحاد جهة اشتراكهما فيه ، وعدم احتمال اختصاص أحدهما به ، فلا يتصور اختصاصه بعوض النصف المعلوم عدم كونه له ، وأن نصفه ربع منه بيد المتشبث على نحو شريكه ولوفرض وقوع الصلح على وجه ينطبق على نصفه المستحقّ له في الواقع الذي لا يشاركه فيه الشريك كان كذلك ، لكنه يكون خروجاً عن موضوع مسألة الأصحاب التي فرّقوا فيها بين اتفاقهما على سبب الإشتراك

و بين اختلافهما فيه ، وسكوتهما عن ذلك ، فحكموا بالاختصاص في الأخيرين ، دون الأول .

و منه يظهر الوجه في عدم الفرق في المسألة بين قبض الوارث وعدمه ، و بين كون السبب الإرث وغيره، فما وقع من الكركي أخيراً أيضاً ـ من التفصيل بذلك الذي قد عرفته لبعض الشافعية ـ في غير محلّه فتأمل جيّداً ليستبين لك الحال في أطراف المسألة التي منها معلومية القاعدة في أن المال المشترك ما يذهب منه عليهما ، وما يبقى لهما .

ومنها أن الحصّة المشاعة التي هي للشريك لاشركة لأحد فيها ، فإذا أراد الصلح عنها مثلا لم يلحقه الشريك بعوضها .

ومنها أنهم قد ذكروا في أنه لو أقرّ بأنّ نصف الدّار لزيد ، والآخر لي ولشريكي وأنكر الشريك كان النصف الباقي بأيديهما بينهما على حسب نسبة الربع إلى النصف وما انكر عليهما ، وإن كان المختصّ بالانكار المقرّ له ، بخلاف ماذكروه فيما لو أقرّ أحد الاخوين بثالث ، فأنكره الثالث ، فإنه يختص النقصان بالمقرّ له . وأما المقر فيأخذ نصيبه تاماً .

ولعلّ السبب في ذلك استناد الأوّل إلى اليد ، ونحوها التي تمضي على الشريكين بخلاف الأخير الذي تختص الخصومة فيه بين المقر له ، وبين المنكر ، كما أوضحناه في غير المقام .

أو أنّ العمدة في الأخير النصّ والاجماع ، بل قد يقال : إن ذلك مقتضى تنزيل الاقرار على ما في يده ، ويد شريكه ، وإن كان لاينفذ في حقّ الشريك ، لكونه إقرارا في حقّ الغير ، وينفذ في نصيبه قبل الاقرار ، فيدفع حينئذ الزايد عليه بعد الاقرار ، بل لعلّ ذلك هو المتّجه أيضا في المثال الاول ، فيكون النصف حينئذ بينهما ، لكل منهما ربع ، لاثلثان وثلث .

ودعوى اقتضاء قاعدة الشركة ذلك ، أي ما يبقى لهما على حسب النسبة ، وما يتلف عليهما ، يمكن منعها في الانكار ، ضرورة عدم كونه تلفا حقيقة ، ولادليل على جريان

حكمه عليه ، فتأمل جيّدا والله العالم بحقايق الاحكام .

﴿ ولوادعى عليه ﴾ بشيء مثلاً ﴿ فأنكر ﴾ أوأقر أولم‌تمكن دعوى أصلاً ﴿ فصالحه المدعى عليه ﴾ مثلاعما ادعى به ﴿ على‌سقى زرعه أوشجره بمائه ﴾ أي ما يسقى به زرعه أو شجره من ماء المدعى عليه ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ فيما حكى عنه ﴿ لايجوز لأن‌العوض هو الماء وهومجهول ﴾ فلايصح الصلح بناء على فرعيته على‌البيع ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ بالجواز ﴿ مأخذه جواز بيع ماء الشرب ﴾ أى النهر بتقدير المدة بعدالمشاهدة بل‌قد عرفت فيماتقدم المنع من فرعيّة الصلح للبيع أوّلاً ، وعدم قدح مثل هذه الجهالة في الصلح ثانياً لكونها تؤل الى العلم .

نعم قد يمتنع الصلح على المجهول الذي لايؤل إلى العلم كالمبهم ومن الغريب منع الشيخ من ذلك ، مع أنّ المحكى عنه في الدروس جواز بيع ماء البئر والعين ، وبيع جزء مشاع منه ، وجعله عوضا للصلح ، ومن هنا قال في‌المسالك : « يمكن أن يكون منعه من‌الصلح على السقى المذكور مطلقا ، كمايدل عليه الإطلاق والماء فيه مجهول لايدخل في أحدالأقسام ، لأنه لم‌يستحق جميع الماء ولابعضاً منه معيّنا وإنما استحق سقياً لايعرف قدره ولامدة انتهائه ، ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة ، وهولم‌يصرح بالمنع‌حينئذ ، ولوتعلق الصلح بسقيه دائماً لم‌تبعد الصحة ، لأن‌جهالة مثل ذلك يتسامح فيها في باب الصلح » .

قلت : قد يقال بالتسامح في الأول أيضاً إذا كان لتحقق مسمّى السقى قدرفى العرف ، وإن‌اختلف أفراده اختلافا لايقدح في‌مثل‌الصلح ، وحينئذ فلايعتبر اشتراط المدة ولو الدوام في الصلح ، على أنه لاترفع جهالة مقدار الماء الذي هو العوض او المعوض ، إذليس الغرض منه الاجارة ، بل نقل‌الاعيان المقدرة بمثل‌ذلك ، المندرج تحت عمومات الصلح كماعرفته فيماتقدم .

﴿وأمّا لوصالحه ﴾ عماادعى به مثلا ﴿على إجراء الماء﴾ من سطح المدعى ﴿ إلى سطحه أو ساحته ﴾ أي المدعى عليه ، أوعلى اجرائه في ساقيته المحفورة له‌مثلا ﴿ صح ﴾ للعمومات ﴿ بعدالعلم‌بالموضع الذي يجري الماءمنه ﴾ لاختلافه

صغراً وكبراً باعتبار قلّة الماء وكثرته ، لكن في المسالك « المراد بعلم الموضع الذي يجرى الماء منه أن يقدّر مجراه طولاً وعرضاً لترتفع الجهالة عن المحلّ المصالح عليه ، ولايعتبر تعيين العمق ،لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الارض » وفيه أنّ ماذكره في الصلح عما ادّعى به على مجرى الماء ، لاعلى استحقاق اجرائه الذي هو المفروض في المتن ، ولذا قال في الدروس : « ولوجعل عوض الصلح عن الدعوى مجرى الماء في أرضه ، قدّر المجرى طولاً وعرضاً ، لاعمقاً ، لأن من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الارض ، ولوجعله اجراء الماء في ساقية محفورة مشاهدة ،جاز إذاقدّرت المدّة ، قال الشيخ : يكون فرع الاجارة ، وفي المجرى ، فرع البيع ، قال الشيخ : ولوكانت الساقية : غير محفورة لم يجز الصلح على الإجراء، لأنه من استيجار المعدوم ، ويشكل بامكان تعيين مكان الاجراء طولاً وعرضاً ، واشتراط حفره على مالك الأرض ، أوعلى المجرى ماؤه .

نعم لوكانت الارض موقوفة أومستأجرة لم يجز ، ولوصالحه على المدعى به على إجراء الماء من سطحه على سطح المدعى عليه اشترط العلم بسطح المدعى ، وهو كالصريح فيما ذكرناه ، ومن ذلك يعلم ما في قوله أي المسالك أيضاً « قدأطلق المصنف وغيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته ، ليرتفع الغرر ، ولابأس باعتباره ، لاختلاف الأغراض بقلّته وكثرته ، ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محلّه وصغره ، فمعرفته تكون بمعرفة محلّه ، ضرورة أنك قد عرفت فرض مراد المصنف الذي ترتفع الجهالة عنه بالعلم بالموضع الذي يجرى الماءمنه ، فإنه كاف في رفع الغرر .

نعم قدينافش في أصل اعتبار ذلك لعمومات الصلح ، وقبوله من الجهالة والغرر مالايقبله غيره ، وعلى كل حال فإذا وقع السطح أو احتاجت الساقية إلى اصلاح ، وجب ذلك على المالك، لتوقف الحقّ عليه ، وليس على المصالح الذي له حقّ الاجراء مساعدته ، والله العالم .

﴿وإذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقراراً ، لانه قديصحّ مع الإنكار﴾ كما عرفته ، فيما تقدم ، خلافا لبعض العامة ، فجعله إقراراً ، بناء على عدم صحّته

الامعه ، وهو كماترى ، ﴿ أمّا لوقال : بعني أوملّكني كان اقراراً ﴾ في عدم كونه ملكا له ، لا ستحالة طلب تحصيل الحاصل .

نعم هو ليس اقراراً بكونه ملكا للمخاطب الذي طلب منه ذلك المحتمل وكالته أو ولايته أوغيرهما ، فيبقى حينئذ على أصالة عدم ملكه ، وحينئذ فلو أقرّ به حينئذ لغيره لم يكن رجوعاً مقتضيا للضّمان . أللّهم إلاّ أن يدعى دلالة العرف على كونه ملكا له ، فيترتب عليه حينئذ الحكم المزبور ، ضرورة كونه المتبع في نحو ذلك ، ولولاه لأمكن المناقشة في أصل الاقرار بطلب البيع ، لاحتمال ارادته ذلك منه على تقدير كونه ليس له احتياطاً ، فا نه يؤثر ملكا له في الواقع وان كان محكوماً بكونه له في ظاهر الشرع .

ولو صالح اجنبيّ المدّعي عن المنكر صحّ عيناً كان أوديناً . أذن أولا . لأ نه في معنى قضاء الدين ، لكن عن المبسوط انه يرجع عليه ان دفع المال با ذنه ، سواء صالح با ذنه أولا ، والا فلارجوع ، لأ نه تبرع ، وقد يشكل الرجوع بما أدّاه ولو با ذنه مع كون الصلح بغير اذنه ، باقتضاء عقد الصلح لزوم المال للاجنبيّ ، فلاعبرة بالا ذن اذاكان قدصالح ليؤدّي هو ، بل وكذا لوصالح مطلقا .

نعم لوصالح ليؤدّى المدعى عليه كان الصلح فضوليا ، ولو صالحه لنفسه لاعن المنكر صحّ ، وانتقلت الخصومة اليه ، لكن في الدروس « ان تعذّر عليه انتزاع المصالح عليه فله الفسخ ، لعدم سلامة العوض » وفيه تأمّل .

نعم لافرق في صحّة ماذكرناه من الصلح بين اعتراف المدعى عليه بالحق قبل الصلح أولا على الأقوى ، ولوادّعى الأجنبى أنه وكيل المدعى عليه في الصلح ، فصالحه المدعي صحّ فا ن انكر المدعى عليه وكالته حلف ، ولكن له اجازة العقد بعد حلفه وقبله والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ يلحق بذلك أحكام النزاع في الأملاك ﴾ لنوع من الاعتبار الذي هوما عرفت من كون الصلح لقطع النزاع ، على أنه ربما يذكر الصلح في بعض أفراده ، ولم يلحظ ذلك في الدّروس فجعله كتاباً مستقلا سمّاه بكتاب تزاحم

الحقوق ، والأمر في ذلك سهل .

﴿و﴾ على كل حال ف ﴿هي مسائل: الأولى﴾ لاخلاف ولا إشكال في أنه ﴿يجوز اخراج الرواشن والاجنحة﴾ ونحوهما ﴿الى الطرق النافذة اذا كانت عالية لاتضر بالمارة﴾ ولم يعارض فيها مسلم ، للسيرة المستمرة في ساير الأعصار والأمصار من زمن النبي ﷺ الى يومنا هذا ، وقد وضع هو ﷺ ميزابا لدار عمه العباس ، بل هي كذلك من غير حاجة الى الإذن من حاكم ولا من غيره ، سواء قلنا بكون الهواء ملكا للمسلمين أو باقيا على الاباحة الأصلية ، فما عن أحمد من اعتبار اذن الإمام في وضع الجناح ، في غير محله ، بل هو كذلك .

﴿ولو عارض فيها مسلم ، على الأصح﴾ لعدم ثبوت حقه في المعارضة ، لما عرفت من استمرار السيرة المعتضدة بالفتوى على فعل ذلك ، وعدم الالتفات الى المعارض خلافا للمحكي عن الخلاف و المبسوط من أنه لكل مسلم منعه ، لأنه حق لجميع المسلمين ، ولأنه لوسقط شيء منه ضمن ، وهو يدل على عدم جوازه الا بشرط الضمان ولأنه لايملك القرار ، فلايملك الهواء ، وفيه ما لايخفى ، بعد ما عرفت ، فهو حينئذ بمنعه معاند لاحق له ، و الضمان بعد تسليمه لاينافي الجواز كما هو في صورة عدم المعارضة التي قد وافق فيها ، وجواز الفعل لايتوقف على كونه مالكا كما هو واضح .

نعم يعتبر فيه عدم الضرر على المارة ، بل في المسالك و غيرها أن المعتبر ما يليق بتلك الطريق عادة ، فإن كانت مما يمر عليها الفرسان ، اعتبر ارتفاع ذلك بقدر لايصدم الرمح مائلا عادة ، و اعتبر في التذكرة مروره ناصباً رمحه ، لأنه قد تزدحم الفرسان ، فيحتاج الى نصب الرماح ، ونفاه في الدروس لندوره ، ولإمكان اجتماعهم مع امالته على وجه لايبلغهم و هو أقوى ، و ان كانت مما يمر فيها الإبل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره محمل ان أمكن مرور مثل ذلك عادة ، و هكذا يعتبر ما تجري العادة بمروره على تلك الطريق .

قلت : قد يقال : ان المعتبر عدم الضرر حتى في الصورة النادرة ، لأنه المتيقن من الجواز فيما هو حق المسلمين كافة ، واليه أومأ فيما سمعته من التذكرة ، فيعتبر

حينئذ في الطريق كونه على الوجه المزبور و ان لم يعتد ازدحام الفرسان والإبل والكنائس ، الا أنه ربما اتفق ذلك ، خصوصاً بناء على أن الأصل المنع لتعلق حق المسلمين بإحيائهم ، والمعلوم جوازه من السيرة ذلك لاغيره ، نعم لوقلنا : ان الأصل الجواز ، لكونه من مباح الأصل ، فيقتصر على المتيقن في المنع ، اتجه حينئذ ما ذكروه ، الا أن الأول لايخلو من قوة .

هذا كله في تضرر المارة أما تضرر غيرهم كالجار بالاشراف عليه ونحوه ففي المسالك وغيره لاعبرة به ، كما لووضعه في ملكه واستلزم الإشراف عليه فإن المحرم التطلع عليه لاالبناء المشرف عليه.

خلافا للتذكرة حيث ألحق الأول بتضرر المارة ، و فرق بينه وبين وضعه في ملكه ، بأن الروشن في الطريق مشروط بعدم التضرر ، لأن الهواء ليس ملكه ، بخلاف الموضوع في ملكه ، لأن للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ، وان استلزم الاشراف على الجار ، أو الظلمة عليه ، وانما يمنع من الإشراف لامن التعلية المفضية الى ذلك ، الى أن قال : ولست أعرف في هذه المسألة بالخصوص نصاً من الخاصة ولا من العامة ، و انما صرت الى ماقلت عن اجتهاد .

و رده بعضهم بأن المعتبر عدم الإضرار بأهل الطريق من حيث الاستطراق الموضوع له الطريق ، أما غير ذلك فلادليل على المنع منه ، بل قدعرفت أنه لاعبرة بضرر غير المعتاد سلوكه فضلاً عن غير المار ، فهو حينئذ كمن أحدث بناء في مباح استلزم الإشراف عليه ، وتقييد العلامة و غيره الضرر بالمارة دليل على ذلك ، وانما عمم هو الضرر في هذا الفرع خاصة .

قلت : يمكن أن يكون بناء العلامة ما ذكرناه من أن المسلمين باحيائهم الطريق صار هو وقراره وهواؤه ملكاً لهم أجمع ، أو كالملك فلا يجوز لأحد منهم التصرف فيه بغير اذنهم ، أواذن وليهم ، الا أن السيرة جرت على فعل ذلك ، والمتيقن منها الخالي عن ضررهم من جهة الاستطراق وغيره ، أما الخالي عن ضرر الإستطراق خاصة دون غيره فلا سيرة عليه ، فيبقى على أصل المنع ، أللهم الا أن يدعى كونها

كذلك أيضاً ، لكنه كما ترى ، أو يدعى أن الاصل بالعكس كما أشرنا اليه سابقا ، ولو لفقد نحو « الناس مسلطون على أموالهم » في المقام ، الباقي على اشتراك الناس فيه الذي يختص السابق به منهم مع عدم تضرر الآخر ، لقاعدة « لا ضرر ولا ضرار».

لكن فيدعائم الاسلام [1] « وعنه صلوات الله وسلامه عليه أنه سئل عن الرجل يطيل بناءه فمنع جاره الشمس قال : ذلك له . وليس هذا من الضرر الذي يمنع منه ويرفع جداره ما أحب اذا لم يكن نظر منه اليهم » وفيها [2] أيضاً « وعنه ﷺ أنه قال : ليس لأحد أن يفتح كوة في جداره ينظر منها الى شيء من داخل دار جاره فان فتح للضياء في موضع يرى منه لم يمنع ذلك ».

وأما عمل السرداب في الطريق النافذ اذا أحكم أزجه ولم يحفر الطريق من وجهها بحيث يضر المارة فقد صرح غير واحد بجوازه ، للسيرة أيضاً . نعم لا يجوز ذلك في المرفوع الا باذنهم . وان أحكم ، ومثله الساقية من الماء وان لم يكن لها رسم قديم ، لكن الفاضل منع من عملها في النافذ وان أحكم الازج عليها ، أما لو عملها بغير أزج فانه يمنع منها اجماعا ، كما في الدروس ، ولكل أحد ازالتها ولو تضرر الجار بالسرداب والساقية فالظاهر جريان البحث السابق فيها ، ولا يجوز احداث دكة فيه ونحوها على باب داره وغيرها لأهل الدرب وغيرهم .

نعم ربما ظهر من بعضهم جوازها في الزائد على المقدر شرعاً عنه وفيه : أن الزائد بعد احياء المسلمين له بالاستطراق يكون حاله كحال الطريق بالنسبة الى ذلك ، ولعله لذا قال في الدروس : « اتسع الطريق أو ضاق ، لأن احياء الطريق غير جايز ، اذ هو مشترك بين مارّة المسلمين ، فليس له الاختصاص المانع من الاشتراك » بل فيها أيضاً « وكذا لا يجوز الغرس فيه ، وان كان هناك مندوحة ، لأن الزقاق قد يصطدم ليلاً وتزدحم فيها البهائم ، ولأنه مع تطاول الأزمنة ينقطع أثر الاستطراق في ذلك ، ويحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك ، كالروشن والساباط » ويضعف بأنهما في الهواء ، بخلاف الدكّة والشجرة .

---

(١) و (٢) الدعائم ج ٢ ص ٥٠٥ الطبعة الثانية بمصر .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو كانت ﴾ الرواشن و الاجنحة وما شاكلها ﴿ مضرة ، وجب ازالتها ﴾ على الواضع الغاصب و على كل قادر على رفع المنكر ولو بالزام الغاصب الواضع بذلك اذ لا يجب على غيره الازالة ، لانه « لا تزر وازرة وزر اخرى » .

﴿ و ﴾ لوكان ضررها بأن ﴿ أظلم بها الطريق ﴾ على وجه ذهب الضياء منه أصلا فانه لا خلاف ولا اشكال حينئذ في أنه يجب ازالتها ، بل في المسالك « الاجماع عليه » بل وكذا اذا ذهب على وجه يضرّ المارة ولو ضعيف البصر منهم ، ولو ليلا ، لما عرفت من اعتبار عدم الضرر في الجواز ، فما عن الشيخ من اطلاق عدم تأثير الظلمة في المنع في غير محله ، ولعله الى ذلك أشار المصنف بقوله ﴿ قيل : لا يجب ازالتها ﴾ اللهم الا أن يريد ما لا ضرر فيها على المارة ، فان وجود ظلمة ما بسببها من اللوازم .

﴿ و ﴾ قد عرفت السيرة مع ذلك على فعلها كما لا خلاف في أنه ﴿ يجوز فتح الابواب المستجدة فيها ﴾ أي الطرق النافذة سواء كانت لها باب أخرى اليها أو الى طريق مرفوع أم لا ، لما عرفت من أن المسلمين في ذلك شرع سواء ، ولا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح في بعض الصور ، لأن ذلك انما يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق ، اذ ليس لأحد دخول داره الا باذنه ، فلا يتحقق نفوذ الطريق ، بل لو فرض تحققه لا بأس به أيضاً ، للاصل وغيره .

وفي دعائم الاسلام [1] وعنه عليه السلام أنه قال : من أراد أن يحوّل باب داره عن موضعه ، أو يفتح معها بابا غيره في شارع مسلوك نافذ فذلك له ، الا ان يتبين أن في ذلك ضررا يقيناً ، فان كان في رافعة غير نافذة لم يفتح فيها بابا ، ولم ينقله عن مكانه الا برضا أهل الرافعة » هذا كله في الطرق النافذة .

﴿ أما الطرق المرفوعة ﴾ وهي التي لا تنتهي الى طريق آخر ولا مباح ، بل الى ملك الغير فهي ملك حقيقة لأربابها الذين لهم أبواب نافذة اليها ، دون من يلاصق داره ويكون حائطه اليها من غير نفوذ ، فلهم سدها عن السكة والارتفاق بها

---

(١) دعائم الاسلام ج ٢ ص ٥٠٥ .

كغيرها من أملاكهم ، ولهم قسمتها فيما بينهم ، وادخال كل منهم حصته الى داره ، خلافاً لبعض الشافعية فمنع من سدها ، لأن أهل الشارع يفزعون اليها ، اذا عرض لهم سبب من زحمة وشبهها ، وضعفه واضح .

كما أنه ﴿ لا يجوز ﴾ لأحد من غير أربابها ﴿ احداث ﴾ ساباط ولا ﴿ باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن أربابه ، سواء كان مضراً أو لم يكن ، لأنه مختص بهم ﴾ وكذا ليس لبعضهم أيضاً ذلك الا باذن شركائه ، لكن على بحث في بعض أفراد التصرف ستسمع الحال فيه انشاء الله ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بل كأنه اجماع .

خلافا لأحد قولي الشافعية من أنه لا يجوز لغير أهل السكة ذلك مطلقاً ، وأما هم فيجوز لكلواحد منهم انتزاع الجناح والروشنوغيرهما اذا لم يضر بالمارة لأن لكل واحد منهم الارتفاق بقرارها ، فكذا هوائها كالشوارع .

وفيه بعد حرمة القياس عندنا امكان الفرق بحصر أهل الطرق المرفوعة دون الشوارع ، فاعتبر اذن الأولين ، وعومل معاملة الدار ونحوها من الاملاك بالنسبة الى ذلك ، وان لم يتضرر بخلاف الشوارع التي لا حصر لأهلها ، وجرت السيرة على التصرف فيها بما لا ضرر فيه على استطراقهم ، فملكهم لها حينئذ على هذا الوجه ، ولو لهذه السيرة ونحوها .

فما عن المقدس الأردبيلي من التأمل في ملك الطرق المرفوعة لأهلها في غير محله ، لا لما فيالحدائق « من أن التصرف دليل الملك ولكن في الشوارع لما لم يكن المتصرف متعينا لم يترتب عليه الملك ، بخلاف المرفوعة » اذ هو كما ترى ، بل لما عرفت من أن الطريق المرفوع ان كان بعض ملكهم أخرجوه لهم فيما بينهم لهذه المنفعة الخاصة فلااشكال ، بل هو خارج عن محل البحث ، وان كان من المباحات فقد احيوه وحازوه على هذا الوجه الخاص بهم ، ضرورةكون احياء كل شيء بحسب حاله ، و هذا وان اقتضى كون الشارع ملكاللمسلمين ، باعتبار أن هذه الحيازة -التي ليست من معين بل المعين سلكه أيضا على جهة العموم - تقتضي ذلك أيضا ، الا أنه

للسيرة المستمرة في العمل في الأعصار والأمصار جعل ذلك على الوجه المزبور ، من غير رجوع الى اذن حاكم الشرع ، بل ليس له ولا لغيره من المسلمين المنع مع فرض عدم تضرر المارة ، أو يقال: بعدم تحقق الحيازة التي هي الاختصاص عن الغير باستيلاء و نحوه ، فلا يتحقق حينئذ الملك في النافذ دون المرفوع ولذا قالوا انه ملك لأربابه بخلاف النافذ و لعلّ ذلك هو المراد مما سمعته من الحدائق ، لكن قد يمنع اعتبار الحيازة بالمعنى المزبور في الملك ، فيكفي فيه الاستيلاء وكذا الكلام في باقي المرافق العامّة والخاصة .

نعم قد يقال : باقتضاء السيرة و الطريقة جواز الدخول فيها ، والجلوس مع فرض عدم تضرر أهلها ، وعدم اعتبار المساواة في استطراق أربابها قلّة وكثرة منه ،أو من أتباعه والمترددين اليه ، بل قد يقال بحصول الإذن شرعاً و ان كان فيهم مولّى عليه من طفل أو غيره ، بل يمكن القول بذلك حتى مع منع بعضهم .

لكن في الدروس « يجوز للاجنبي دخول السكة المرفوعة بغير اذن أهلها عملاً بشاهد الحال ، والجلوس غير المضر بهم ، ولو نهاه أحدهم حرم ذلك » .

و في المسالك « و مما يدخل في المنع من التصرف في المرفوعة بغير إذن اهلها المرور فيها و الوجه فيه ما تقدم من الملك ، و الأقوى الإكتفاء فيه بشاهد الحال ، فلو منع أحدهم حرم ، أما الجلوس فيها و ادخال الدواب اليها و نحو ذلك فلا ، الامع اذن الجميع ، لاصالة حرمة مال الغير بغير اذنه ، وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا ، نعم لوكان الجلوس خفيفاً غير مضر تناوله بشاهد الحال » وكذا الفاضل في التذكرة ، ويمكن أن يريدوا بشاهد الحال تلك الإذن الشرعية ، وظاهرهم الحرمة بمنع أحد منهم ، و ان أذن له من أراد دخوله اليه ، بل و ان كان أضيافه وأتباعه ، بل مقتضى ذلك أن لبعضهم منع الآخر أيضاً الى غير ذلك من الاحكام المترتبة على الشركة الحقيقية المعلومة بالسيرة خلافها ، والله العالم .

﴿وكذا﴾ لايجوز لغير أهلها بل ولأهلها أيضاً لكن على التفصيل الآتي ﴿لو أراد فتح باب لايستطرق فيه﴾ بلا خلاف أجده فيه ﴿دفعاً للشبهة﴾ الحاصلة منه على ممر

الازمان ، فانه امارة على استحقاق الاستطراق ، و بذلك فرق بينه وبين رفع الجدار الجائز له قطعاً الذي لاامارة فيه . لكن قد يقال : انّ ذلك كذلك ، الا أنه لادليل على جواز منعه بذلك ، لامكان التحرز عن ضرر هذه الشبهة بالطرق المعدّة لمثل ذلك ، و ليس كل ضرر يكون على الغير بالتصرف في الملك يجب تركه .

﴿ و ﴾ من هنا لاخلاف في أنه ﴿ يجوز فتح الروازن والشبابيك ﴾ اليها ، بل الى دار الجار للاستضاءة بها أو لغيره مما لايحرم عليه مع عدم الاذن ، بل مع النهي ، لعموم[1] « تسلط الناس على أموالها » نعم للجار ، وضع شيء في ملكه يمنع الاشراف عليه و ان منع الضوء .

﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ مع اذنهم ﴾ في كل ماعرفت منعه فلااشكال في الجواز و ﴿ لا اعتراض لغيرهم ﴾ الخارج عنهم ، فانه لاحقّ له ، ولكن الظاهر كون ذلك كالعارية يجوز لكل الرجوع عن ذلك، بل تبطل بالموت والخروج عن التكليف بالجنون والاغماء ونحوهما .

نعم في التذكرة « له الارش للسببية في اتلاف المال على اشكال » ولعله لامكان منع التسبيب بعد فرض كونها عارية من حكمها جواز الرجوع بها ، أللهم الا أن يقال: انه لم يعلم جواز الرجوع بها مجاناً ، لقاعدة الضرر .

﴿ ولو صالح ﴾ من له حق منـ ﴿ ـهم على احداث روشن ﴾ مثلا ﴿ قيل: ﴾ والقائل الشيخ ﴿ لايجوز لانه لايصحّ افراد الهواء بالبيع ﴾ والصلح فرعه ﴿ و فيه تردد ﴾ بل منع اذ المقدمتان ممنوعتان ، للعمومات خصوصاً عمومات الصلح المقتضية جوازه ، و ان قلنا بعدم افراده في البيع .

لكن في الدروس « أما لو صالحوا على ذلك بعوض فانه لازم مع تعيين المدّة وان كان بغير عوض بني على أصالة الصلح أو فرعيته للعارية » وفي التذكرة « لو صالح واضع الروشن أو الجناح أو الساباط أرباب الدرب و أصحاب السكة على وضعه جاز على الأظهر عندنا ، لكن الأولى اشتراط زمان معين » وفيه : منع اعتبار المدّة في

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبعة الحديثة

الصلح عنه المراد به نقله نفسه اليه، نعم لااشكال في اعتبارها لواريدمنه القائم مقام الاجارة مثلا ، ولو فرض الاذن منهم على انشاء التمليك لمجانا أوبعوض ملكه ولكل حكمه ضرورة كون الفضاء ملكا كسائر الأملاك فيجرى عليه جميع أحكامها. والله العالم.

﴿ ولو كان للإنسان داران ﴾ مثلا ﴿ باب كل واحدة ﴾ منهما ﴿ الى زقاق غير نافذ ، جاز أن يفتح بينهما بابا ﴾ فضلا عن النافذين ، بل يجوز فتح باب ذات الشارع الى ذات السكة ، فضلا عن العكس ، كل ذلك للأصل و قاعدة التسلط و أولويته من رفع الجدار الحائل بينهما وجعلهما واحدة الجائز له اجماعاً في جامع المقاصد وقولا واحداً في التذكرة .

فما عن بعض العامة - من عدم الجواز لأنه يثبت له حق الاستطراق في درب مملوك لدار لاحق لها فيه ، ولأنه ربما ادى الى اثبات الشفعة لو بيعت بعض دور احدى الطريقين بسبب الاشتراك في الطريق لكل واحد من الدارين في زقاق الاخرى على تقدير القول بثبوتها بذلك ومع الكثرة - فيه : أن فتح الباب لايوجب حقاً للدار في الطريق الاخر ، و انما أباح الانتقال من داره الى داره الاخرى ، ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعاً للكون الثاني والدار التي هو فيها لاللأولى ، وحينئذ فكل دار على ما كانت عليه من استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ، ولايتعدى الى الأخرى ، و ان جاز الاستطراق .

لكن قد يقال : ان الفتح المزبور و ان لم يفد الحق المذكور ، الا أنه يورث شبهة في الاستحقاق نحو الباب المفتوح لغير الاستطراق الذي قد سمعت تصريحهم بالمنع منه ، أللهم الا ان يمنع دلالتها على ذلك ، بخلاف فتح الباب في الطريق ، وعلى كل حال فما في الدروس عن ظاهر الشيخ من اشتراك أهل الزقاقين في الدرب من الجانبين ، فتبطل حينئذ شفعة كل منهما بالكثرة ، أو تثبت بناء على ثبوتها معها لاوجه له ، مع فرض كون المراد من أهل الزقاقين - أى ذيهما - ما يشمل من فتح باباً لداريه المتلاصقين اللتين لكل منهما زقاق ، لماعرفت من عدم اقتضاء فتح الباب ذلك .

نعم لو كانت دار واحدة لها طريقان للزقاقين، اتجه حينئذ ماذكره، وتثبت الشفعة له ولهم - مع فرض تحققها مع الكثرة والشركة في الطريق، فقد يكون لكل من أهل الزقاقين الشفعة في الدار ذاتها اذا بيعت مع الطريقين.

ولعله الى ذلك أشار في القواعد بقوله « ولذي الدارين المتلاصقين، في دربين مرفوعين فتح باب بينهما، و في استحقاق الشفعة حينئذ نظر، و ان أكثر في جامع المقاصد في الاحتمالات فيها » والله العالم.

﴿ ولو أحدث ﴾ الاجنبي أو بعض أهلها ﴿ في الطريق المرفوع حدثاً ﴾ على غير الوجه الشرعي ﴿ جاز ازالته لكل من له عليه استطراق ﴾ من غير فرق بين المضر و غيره، وبين كونه في الهواء كالروشن أو في الأرض كالدكة، و لابين وقوعه باذن بعضهم و عدمه، بل لوبقي واحد بغير اذن كان له الازالة، بل وللآذن ذلك أيضا، لقاعدة التسلط. و اذن بعض الشركاء لاتجدي في المال المشترك.

﴿ ولو كان في زقاق بابان ﴾ مثلا ﴿ أحدهما أدخل من الاخر، فصاحب الأول يشارك الاخر في مجازه، وينفرد الأدخل بما بين البابين ﴾ على المشهور بين الأصحاب كما في المسالك، لأن المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلايشارك الداخل، بخلافه، و قيل: يشترك الجميع في الجميع حتى في الفضلة الداخلة في صدرها: أي أسفلها، لاحتياجه الى ذلك عند ازدحام الاحمال و وضع الاثقال، ولأن اقتصار تصرف الخارج على نفس ما يخرج عن بابه أمر بعيد، بل متعسر والمتعارف الاحتياج الى أزيد من ذلك، ولظهور اتحاد جميع أهل الدّربيّة في اليد عليها أجمع حتى الفضلة التي تكون فيها، فالقول بالاقتصار على ما حاذى الباب غير جيّد.

﴿ و ﴾ لعله لذا قوّى في الدروس الاشتراك في الجميع، كما ستسمعه إن شاء الله و عليه يتضح الوجه في الحكم باشتراك الفضلة بينهما فيما ﴿ لو كان في الزقاق فاضل الى صدرها ﴾ أي أسفلها ﴿ وتداعياه ﴾ أولم يتداعياه ﴿ فهما ﴾ إذن ﴿ فيه سواء ﴾ لماعرفت من كونه جزء من الطريق الذي يدهم جميعا عليه بالاستطراق، وغيرمعن

وجوه الارتفاق على وجه لا أولوية لأحد منهما على الاخر .

واحتياج الداخل الى استطراق مـا بين البابين للدخول الى داره لايقتضي اختصاصه بذلك ، بعد ما عرفت من مشاركة غيره في الارتفاق به ، و ان لم يحتج اليه في الاستطراق الى داره .

وحينئذ فلاوجه لاشكال ذلك ــ بتوقف الانتفاع بالفضلة على استحقاق السلوك اليها ، فاذا لم يكن للخارج حقّ السلوك لايترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ــ ، ولا الى دفعه بأن ثبوت ملك شيء لايتوقف على مسلك له ، و مع ذلك فيمكن دخول الخارج اليها ، بشاهد الحال ، كسلوك غيره ممن لاحقّ له في تلك الطريق ، فمع فرض اشتراكهم في اليد عليها حكم باشتراكها فيما بينهم ، ولايردّ مثله في المسلك بين البابين ــ حيث لايجوز للخارج دخوله بذلك ، لأن الداخل له عليه يد بالسلوك المستمرّ عليه الذى لايتم الانتفاع بداره الابه ، بخلاف الفضلة فان يدهم فيها سواء ، اذ لاتصرّف لهم فيها الا بالارتفاق وهو مشترك ــ اذ هو كما ترى ، بعد ما عرفت من أنّ يد الداخل على ما بين البابين لاتنافي يد غيره أيضاً عليه بالسلوك فيه للفضلة أو لغيرها من مقامات الارتفاق .

فالتحقيق حينئذ بناء ذلك على اشتراك الجميع في الجميع الذي قوّاه في الدروس ، ويؤيده ظهور اتحاد كيفية احياء الطريق المرفوع والطريق العام ، فكما أنّ اتخاذ جملة من المسلمين طريقا على جهة العموم يفيد الحق للمسلمين كافة ، حتى لمن لم يستطرقه منهم ، لأنه وقع ممن وقع بعنوان الجميع ، كذلك الطريق الخاص الذي اتخذ طريقا الى دورهم على جهة الاشتراك بينهم في ساير وجوه الارتفاق التي منها الاستطراق الى الدار ، فكلّ منهم قد اتخذه لجميعهم على هذا الوجه ، و لذا كان بينهم أجمع على الشركة .

﴿ و﴾ من ذلك يعلم النظر فيما ذكره المصنف وغيره من متأخري الأصحاب من أنه ﴿ يجوز للداخل أن يقدّم بابه ﴾ الى الخارج ﴿ وكذا الخارج ﴾ يجوز أن يقدم بابه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لايجوز (﴾ ه أي) ﴿ لخارج أن يدخل بابه ﴾ الى

سفل ﴿وكذا الداخل﴾ بالنسبة إلى الأدخل الذي هو خارج في القياس اليه ، فان لك كله مبنيّ على اختصاص كلّ داخل عن الخارج بما دخل عنه ، و مشاركته فيما ترج ، فيجوز للداخل اخراج بابه لثبوت حق الاستطراق له في جميع الطريق الى ابه ، فكلّ ما خرج عنه له فيه حقّ .

وله حقّ التصرف في جداره برفعه أجمع ، فبعضه أولى ، بل مقتضى اطلاق لمتن و غيره عدم الفرق بين سدّ الباب الأوّل و عدمه ، بل و صرّح به بعضهم ، وان وقف فيه آخر ، باعتبار اقتضاءِ ذلك تعدّد حقّ الاستطراق الى الدار ، لكنه في غير حله ، بخلاف الخارج ، فانه لاحقّ له فيالاستطراق اليأزيد منبابه ، فليس حينئذ ن يدخلها ، وانكانربماأشكل ذلك بأنه قدكانله فيالسابق فتحبابه منأي جهة شاء ن جداره ، بلله رفع الجدار أجمع ، فلاوجه لعدم جوازادخال بابه ، لكن قديدفع أنه وان كان له ذلك قبل ذلك الاأنه تشخص حقّهبالباب التي استطرقها ، فله حينئذ لاستطراق من أي جهة شاء من جداره ، منتهياً الى تلك الباب دون الأدخل منها ، رفع الجدار كلّه لايقتضي ثبوت حق الاستطراق له من أي جهة منه بل بناء على نتهاء اختصاصه الى بابه ، يكون كذلك بعد رفع الجدار أيضاً .

نعم ذلك كلّه مبني على الاختصاص والاشتراك المزبورين ، أمّا بناء على ما ذكرناه من اشتراك الجميع فيالجميع فالمتجه حينئذتساوى الاخراج والادخالمن كلّ منهم في الجواز و عدمه ، لتساوي الجميع في الاستحقاق .

وقد يقوى الجواز بالنسبة الى الاستطراق الذي بناء الشركة على عدممعارضة أحدهم الاخر فيه ، فيختر في فتح بابه من أي جهة شاء من جداره ، خارجاً عن بابه الأوّل أو داخلا ، بل مع سدّ الاولى و عدمه ، لأن له حقّ الاستطراق متحداً أو متعددا من أي جهة شاء .

نعم ليس لأحدهماخراج روشنأوجناح أوساباط بدونإذنجميعهم ، لخروجه عن الاستطراق الذي وضع الاشتراك فيه ، علىماعرفت ، نعم لوقلنا باختصاصالداخل بما بين البابين ، اتجه حينئذ عدم اعتبار اذنه في الجناح والروشن والساباط ونحوها

لعدم الحق له حينئذ ، وانما يتوقف على اذن غيره ممن هو أدخل بابا ان كان ، والا لم يحتج الى اذن أصلا .

قال في الدروس : « ولوكان في أسفل الدرب فضلة فهم مستوون فيها لارتفاقهم بها ، و قال متأخروالأصحاب ان ذا الباب الخارج انما يشارك الى موضع بابه ، ثم لامشاركة حتى ان الداخل ينفرد بما بقي ، ويحتمل التشارك في الجميع كالفضلة لاحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الأحمال ، ووضع الاثقال ، فعلى الأول ليس للخارج حقّ في المنع من الروشن وشبهه فيما هو أدخل منه ، ويكفي اذن من له فيه حقّ ، وعلى الثاني لابد من اذن الباقين ، وهو عندي قويّ » وهو كما ذكرنا . وكذا ما فيها أيضاً درس في الجدار .

امّا الخاص فلمالكه التصرف فيه بما شاء من فتح كوة للإستضاءة و وضع الجذوع وغير ذلك حتى رفعه من البين ، و يتخرج من هذا جواز ادخال الباب من غير اذن الجار في المرفوعة نعم ما ذكره سابقا يخالفه في الجملة ، وان كان قديشهد له في الجملة خبر الدعائم [1] .

قال : « و أمّا السكّة المرفوعة أي المنسدّة الأسفل ، فلايجوز احداث روشن ولاجناح فيها الاباذن جميع أهلها ، سواء كان في أسفلها أوأعلاها ، ولافتح باب أدخل من بابه ، سدّ بابه أولا، ويجوزله اخراج بابه وان لم يسدّ الأولى على قول ، ولوأذن أهل الأسفل في ادخال الباب فهل لأهل الأعلى المنع ، فيه اشكال ، من عدم استطراقهم ، و من الاحتياج اليه عند ازدحام الدواب والناس ، و هو أقوى » .

اذ قد عرفت أنه بناء على الإشتراك يتجه له الجواز في الباب ، بناء على ما سمعت من عدم حقّ لأحدهم في المعارضة فيه ، لبناء مثل هذه الشركة على ذلك ، و انما هو كذلك بالنسبة الى الروشن و الجناح و غيرهما ، أمّا الفضلة ، فيمكن أن تكون كذلك أيضاً ، فلكل منهم اخراج بابه منها من غير حاجة الى اذن الاخر ، بل مع منعه لكونها جزء من الطريق الذي قد عرفت اصل وضعه لذلك ، و يمكن عدم

(١) الدعائم ج ٢ ص ٥٠٥ الطبعة الثانية بمصر .

الجواز الا باذن الجميع ، لعدم اعدادها للاستطراق و ان انتفعوا بها في غيره امّا الروشن و الجناح اليها فلا اشكال في الحاجة إلى اذن الجميع .

و بذلك كلّه بان أنّ اطلاق الأصحاب سابقاً ــ انّ الطريق المرفوع ملك لأربابه ، و أنه لايجوز لأحد منهم أو من غيرهم اخراج روشن أوجناح أوساباطأو فتح باب ولو للإستضاءة ــ غيرمراد منه ظاهره علىجهة العموم، بل هوعلى الإهمال وإلاّ لنافاه مـا سمعته من كثير منهم ممن صرّحوا بكيفية اشتراكه ، و بالفرق بين الداخل والخارج بالنسبة الى فتح الباب و غيره ، وان كان هو على مختارنا أليق منه على غيره ، فما وقع لبعضهم من الإشكال فيذلك حتى ظن التدافع بين كلماتهم فيغير محلّه، هذا .

﴿ و ﴾ قد بان لك أيضاً مما تقدم سابقاً أنه ﴿ لو أخرج بعض أهل الدرب النافذ روشناً ﴾ مثلا غيرمضرّ بالمارّة ﴿ لم يكن لمقابله﴾ ولالغيره ﴿ معارضتهولو استوعبعرضالدرب﴾مالميضعمنهشيئاعلىجداره،للأصلوالسيرةالمستمرةعلىمعاملته معاملة المباح من غير اختصاص لأهل الدور في شيءٍ منه ، من غير فرق بين ماقابله منهم و عدمه .

بلصرّح غيرواحد منهمالفاضل ﴿و﴾ الشهيدان بأنه ﴿لوسقط ذلكالروشن فسبق جاره الى عملروشن لم يكن للأول منعه ، لأنهما فيهشرع ، كالسبق الىالقعود في المسجد ﴾ فقام منه ولم يملك الأوّل الموضع بوضع الروشن فيه ، و انما اكتسب أولوية سبقه اليه ، فإذا زال أثره زالت كالقعود في المسجد و السوق ، بل لوفرض أن الثاني أخرب روشن الأول لم يكن له ازالة ما وضعه الثاني و ان كان قد ضمن الأرش واكتسب الإثم في الإزالة ، وكذا الكلام في المسجد و شبهه .

لكن قد يناقش أوّلاً : بصدق الغصب واستصحاب بقاء حقّه، بل قد يناقش في نحو المقام بأنه قد ملكه بالحيازة بناء على كونه مباح الاصل على ماصرّح به في الدروس ، فيستمر حينئذ على ملكه ، و ان زال أثره ، وقداحتمل في الدروس الملك في نحو المقام على بعد ، قال : « « فرع » لو جعل المقابل روشناً تحت روشن مقابله

أو فوقه فهل للسابق منعه ؟ لم أقف فيه على كلام ، وقضية الأصل عدم المنع ، الا أن يقال لمّا ملك الروشن ملك قراره و هواءه ، و هو بعيد ، لأنه مأذون في الانتفاع ، وليس ملزوماً للملك ».

قلت: ينبغي بناء المسئلة على أن الطريق المحيى بالاستطراق يكون ملكاً لمن أحياه هو مع هواه ، فأرض الطريق حينئذ وماتحتها وهواءها ملك للمسلمين ، الا أنه جرت السيرة والطريقة على تصرّفهم فيه بمالاضرر فيه على مارتهم ، وحينئذ فلايملك ذوالروشن مثلا شيئاً من الهواء ، بل هو على ملك المسلمين ، وإنما له حقّ اختصاص ، فاذا زال أثره زال حقّه ، أوأن المسلمين إنمالهم منه حق الاستطراق ، فالفضاء والأسفل باقٍ على الاباحة الأصلية ، يملكه من يحوزه ، ويجرى عليه حينئذ حكم ذلك ، لم أعثر على تحريرلهم في ذلك ، والذي ذكرناه سابقاً الأول . وقلنا : إن حاله كحال الطريق الخاص في الكيفية ، بل هو الموافق لقاعدة « من ملك أرضا ملك هواها وقرارها إلى عنان السماء وتخوم الأرض » ولاريب في ملك المسلمين نفس أرض الطريق بالاستطراق فيتبعها ذلك ، وحينئذ فالمتجه أن للسابق حقّ اختصاص سبقه فمتى زال أثره زال حقه والله العالم .

المسألة ﴿ الثانية : إذا التمس وضع جذوعه ﴾ مثلا ﴿ على حائط جاره ، لم يجب على الجار اجابته ، ولو كان خشبة واحدة ﴾ عندنا للأصل ، بل الاصول كما لايجوز له الوضع بدونها ، لقوله ﷺ [1] « لايحلّ مال امرء مسلم الا بطيب نفسه » ولقاعدة عدم التصرف في مال الغير بغير اذنه ، فما عن أحمد ، ومالك ، بل والشافعي في القديم وان كان مع شروط ثلاثة - عدم احتياج مالك الجدار الى وضع الجذع عليه وأن لايزيد الجار في رفع الجدار ، ولايبني عليه أزجاولايضع عليه مالايحمله و يضربه وانحصار الحاجة في الرابع . لأنه مالك للجوانب الثلاث ، أما اذا كان الكلّ للغير لم يضع الجذوع عليها قولا واحداً من أنّ له الوضع بدونها بل يجبر مع الامتناع ، لخبر

---

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب مكان المصلي الحديث ١-٣ .

أبي هريرة [1] عنه صلى الله عليه وآله « لايمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره » واضح الفساد ضرورة وجوب طرح مثل هذا الخبر المعارض لأصول المذهب و قواعده .

﴿لكن يستحب﴾ اجابته، لما ورد من الحث على قضاء الحوائج، والتوصية بالجار، بل يمكن الحكم بكراهية المنع ، للخبر المزبور ولغيره ، ﴿و﴾ حينئذ ﴿ لو أذن جاز الرجوع قبل الوضع اجماعا ﴾ بقسميه ، للاصل وغيره ، بل ظاهرهم ذلك ، وان استلزم ضررا عليه ، بفعل المقدمات من بناء وغيره .

﴿ وبعد الوضع ﴾ المستلزم نقضه للضرر ﴿ لايجوز ﴾ الرجوع عند الشيخ ومن تبعه ﴿ لأن المراد به ﴾ للمستعير والمعير ﴿ التأبيد ﴾ فهو حينئذ كالعارية للدفن وللضرر الحاصل بالنقض حيث يفضي الى خراب ملك المأذون .

﴿و﴾ لكن مع ذلك فالقول بـ ﴿ الجواز حسن مع الضمان ﴾ بل هو خيرة الفاضل والكركي ، وثاني الشهيدين ، لأنه عارية ، ومن لوازمها جواز الرجوع الذي هو مقتضى الاستصحاب وقاعدة تسلط الناس وغير ذلك . والالحاق بالدفن قياس مع الفارق لتحريم النبش ، وكذا العارية للرهن ، المقتضي لتعلق حق الغير به على وجه يقتضي اللزوم من طرف الراهن ، بخلاف ماهنا ، فإنه لاحرمة على المالك في خراب ملكه ، الا أنه نسبه في الدروس الى القيل ، مشعراً بتمريضه ، واحتمل المنع من النقض ، بل كأنه مال اليه ، قال : «ولو أسعفه فوضع قيل : جاز له الرجوع ، لأنه اعارة ، ويحتمل المنع من النقض ، للضرر الحاصل به ، فإنه يؤدّي الى خراب ملك المستعير نعم يكون له الأجرة فيها بعد الرجوع» .

وفي المبسوط « لارجوع حتى يخرب ، لأن البناء للتأبيد وللضرر ، ولو قلنا بالرجوع ففي غرمه الارش وجهان ، من استناد التفريط الى المستعير ، ومن لحوق ضرره بفعل غيره » .

قلت : الأصل في هذه المسألة ماحكاه في التذكرة عن الشافعية ، ومحصله خمسة وجوه :

---

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٨ .

أحدها أن له الرجوع ويتخير بين البقاء بالأجرة والقلع بالارش ، قال فيها: وهو أظهر قوليها .

والثاني : أن له الرجوع والقلع بالأرش ، وأما البقاء بالأجرة فمتوقف على رضاهما بذلك ، وهو خيرة ثاني الشهيدين والمحققين ، واستحسنه في المتن .

الثالث : أن له الرجوع ولا يجوز له النقض ، وانما له الأجرة خاصة ، ومال اليه الشهيد في الدروس .

الرابع : أن له الرجوع والقلع مجانا .

الخامس : أن ليس له الرجوع ، بمعنى أنه لا يستفيد به جواز قلع ولا اجرة ، وهو الذي اختاره الشيخ ومن تبعه ، بل هو ظاهر المصنف .

ولا ريب في قوة الرابع بناء على أن له الرجوع ، ضرورة كون المنشأ في ذلك على تقدير القول به أن حكم هذه العارية حكم غيرها من العوارى التى يعتبر في بقائها استدامة الإذن ، فمع فرض انقطاعها يبطل حكمها ، فيبقى وضع بلا اذن ، والضرر اللاحق بالقلع انما يجيء من خطاب الشارع له بتخليص ملك الغير ورفعه عنه ، وبذلك لا يعد كون المعير متلفا لا مباشرة ولا تسبيبا كي يتجه ضمانه الارش ، خصوصا بعد اقدام المستعير على الوضع بالاذن المفروض جواز الرجوع فيها ، فلا غرور منه ، بل وجوب الارش انما يتجه مع فرض ثبوت حق للمستعير في البقاء الذي قد فرض عدمه ، باعتبار ارتفاع استمرار الإذن الذي هو السبب فيه .

ومنه يعلم ما في القول بأن له الرجوع ، ولكن لا يجوز له النقض ، وانما له الأجرة ، فإنه لا حق له بعد فرض انقطاع الاذن المفروض أن دوامها هو السبب في البقاء ، فلا حق له حينئذ فيه ، كي يجب على المستعير مراعاته ، وقاعدة الضرر قد عرفت ما فيها ، على أن الضرر الحاصل على الغير بسبب تفريغ الملك المخاطب به شرعا لا دليل على الضمان به بل الأصل يقتضي عدمه ، والا لاتجه الضمان بالرجوع قبل الوضع مع فرض حصول الضرر بفعل المقدمات من بناء ونحوه ، فلا محيص عن المجانية حينئذ مع فرض أن له الرجوع .

نعم قد يتجه ما ذكره الشيخ من عدم جواز الرجوع باعتبار أن العارية المبنية على الدوام سببها ابتداءً واستدامة انما هو الاذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع بعد صدورها ، بل يكون حينئذ الرجوع فيها كالرجوع بالاذن فيما مضى من العارية .

وهذا معنى قول الشيخ « لأن المراد الدّوام والتأبيد » ومحصّله أن عارية الدّوام عرفا هكذا ، وقد شرعها الشارع بشرعه للعارية على هذا الوجه ، و هو معنا لا ينافي كون العارية من العقود الجايزة المعلوم ارادة ماكان استمرار الإذن فيها المقتضي للبقاء ، لا ماكان فيهاعلة الدّوام والابتداء واحدة ، وهي الاذن الأولى التي لا يتصور فيها رجوع .

واعلّ من ذلك العارية للدفن ، لا لأن النبش محرم فإنّ حرمة النبش لاتنافي جواز الرجوع المقتضي لتعين الأجرة حينئذ ، وكذا اعارة المكان للصلوة التي يحرم الابطال على الداخل بها . كما أن من ذلك يتجه حينئذ عدم انفساخها بالاغماء أو الجنون للمعير ، أو المستعير ، بل والموت وانتقال الدار الى وارث ، أو مشتر آخر ونحو ذلك الذي لا يخفى ما في دعوى التزام الانفساخ بذلك كله ، وخصوصا مع دعوى وجوب الأرش أو الأجرة حينئذ ، أو الاذن الجديدة من المعير ، فإن دعوى وجوب الأرش على المعير بانفساخ العارية بجنون المستعير مثلا ان لم يأذن جديداً ممالا يلتزمها من له أدنى رائحة في الفقه .

بل قد يقال : ان قاعدة الضرر وحرمة تضييع المال ونحو ذلك يقتضي لزوم العارية على المعير ، باعتبار أنه باذنه في ذلك يترتب الخطاب الشرعي ، وهو حرمة الإضرار وحرمة تضييع المال ونحو ذلك ، مثل العارية للرهن الذي تعلّق به حقّ الغير ، واندرج تحت مادلّ على لزوم الرهن الذي لا يعارضه جواز الرجوع بالعارية من حيث نفسها الا اذا قارنها أمر آخر خارج عنها ، وكالاذن بالدخول في الصلوة الذي يترتب عليه حرمة الابطال فتأمل جيّداً فإنه تحقيق و تدقيق .

ثم ان الأرش على تقدير وجوبه فهل هو نقص آلات الوضع بالهدم ؟ أو تفاوت مابين العامر والخراب ؟ وجهان : ينشآن من كونه بهيئته حقا لبانيه ، فجبره بتفاوت

مابين كونه عامراً وخرابا ، لأن ذلك هو نقص المالية ، ومن أن نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار ، فلا يضمنه ، انما يضمن مال الغير الذي كان سبب اتلافه وفواته .

ولكن لايخفى عليك قوة الأول ، لأن جميعه مال للواضع ، غايته كونه موضوعا على ملك الغير ، وذلك الملك انما أثر جواز النقض ، لاالمشاركة في المالية ، بل قد يقال: ان المتجه ضمانه أيضا كل ضرر يحدث في ملك المالك ، بسبب النقض المزبور فتأمل والله العالم .

هذا كله في الرجوع قبل انتهاء أمده ، ﴿ أما لو ﴾ انتهى فـ ﴿ انهدم ، لم يعد الطرح الا باذن مستأنف ﴾ لا نقطاع حكم الاذن الأولى بانقطاع زمان المأذون فيه الذي قد اقتضاه الاذن فيه ، ﴿ و ﴾ لكن ﴿ فيه قول آخر ﴾ محكي عن الشيخ في المبسوط ، وهو أنه ان أعاده بالهيئة الأولى لم يمكن له منعه ، من ردّ الخشب والسقف عليه ، وان أعاده بغيرها كان له منعه وفيه مالايخفى من انقضاء مقتضى الاذن الأولى فليس له العود بدون الجديدة ، فضلا عما لو منع .

ودعوى ـ أن الاذن الأولى قد اقتضت الدوام على الوجه المزبور ، بمعنى كونها في صنف الوضع وان تعددت أشخاصه ـ واضحة المنع ، بل مع فرض التصريح بها لايثبت ذلك ، و ان قلنا بأن عارية الدوام لازمة ، لكن بمعنى أنها بالنسبة الى ذلك الشخص ، لاالصنف ، وكذا العارية للغرس والبناء ونحوهما .

نعم لوفرض انهدامه بهدم هادم لابانتهاء عمره ، أمكن تخريجه على مذهب الشيخ ، كما انه يمكن ان يكون كلامه في غير ما نحن فيه ، من انه واضع الجذوع الذي لايعلم كيفيته يحكم باستحقاقه ذلك ، حتى يعلم كونه عارية ، ضرورة ظهور تصرفه في استحقاقه ذلك ، فيتجه حينئذ وجوب بناء الجدار على المالك لوفرض انهدامه مقدمة لحصول حقّ الوضع ، هذا .

ولكن في المسالك بعد ان ذكر خلاف الشيخ قال : « وكثير من الأصحاب لم يذكروا هنا خلافا » ويمكن ان يكون سببه انّ الشيخ ذكر اوّلا في الكتاب انه لو

انهدم الحائط اوهدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستأنف ، ولم يتردد في ذلك فأطرحوا قوله الآخر ، وهو قول لبعض الشافعية ، كما ان القول الآخر لهم ، فجمع الشيخ بين الحكمين المختلفين عن قرب والله العالم .

﴿ولو صالحه على الوضع ابتداء جاز بعد ان يذكر عدد الخشب ووزنها وطولها﴾ او يشاهدها ، ولو لكون الصلح في اثناء الوضع للاختلاف في ذلك ، بل ذكر غير واحد انه لابدّ مع ذلك من ذكر المدّة المضبوطة ، لكونه حينئذ هنا كالاجارة وفيه : منع اعتبارها ، لعموم الصلح ، فيصح حينئذ بقصد الدّوام ، بل يمكن ان يريد من اعتبرها مايشمل قيد الدوام ، خصوصا بعد تصريحه بذلك في الصلح على السقي ، بل قد يقال : بعدم الحاجة الى معرفة طول الخشب ووزنه وعدده ، لما عرفت من عدم ثبوت مانعية ماعدى الابهام من الجهالة فيه ، والمرجع حينئذ في ذلك الى مايحتمله مثل الحائط المزبور كما ان ذلك هو المرجع في الاجر واللبن ، بل وكذا لو كان الصلح على بناء زيادة على حائطه ، فلايفتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن ، خلافا لبعضهم فأوجبه ، لاختلاف الضرر باختلافهما ، وفيه أنه لادليل على مانعية مثل ذلك هذا كلّه في الموضع على حائط مملوك .

أمّا لو كان موقوفا بحيث لايكون له مالك مخصوص كالمسجد وشبهه ، لم يجز لأحد البناء عليه ، ولاالوضع بغير إذن الحاكم قطعاً ، وليس له الاذن بغير عوض قطعاً أيضا ، أما معه وفرض المصلحة ففيه وجهان : أجودهما في المسالك العدم ، و قوّاه في الدروس ، لأنه تصرف في الوقف بغير ما وضع له ، ولأنه يثمر شبهة .

ولكن الانصاف عدم خلو الأول عن قوة ، ولو كان الوقف خاصّاً جاز للناظر أو الحاكم مع ملاحظة مصلحة البطون ، فيمضي حينئذ عليهم ، و ليس لأهل البطن الأول ذلك ، لما فيه من الضرر على البطون المتأخرة الذي لا يندفع بعدم اجازتهم فيما بعد كما هو واضح .

المسألة ﴿الثالثة لو تداعيا جدارا﴾ بين ملكيهما ﴿ مطلقا ﴾ ليس لأحدهما

يد اختصاص عليه ﴿ ولا بينة ﴾ حلف كل واحد منهما لصاحبه على ماتقتضيه يده من النصف ، فان نكل أحدهما كان الجميع للآخر ان قلنا يقضى بالنكول ، والا حلف ، و صار الجميع له ، و ان نكل هو أيضا ففي التذكرة هو أي النصف لهما ، و في أحد وجهي الشافعي أنه يحلف كل واحد منهما على الجميع ، لأنه الذي ادعاه .

قال في التذكرة : «وعليه فاذا حلّف الحاكم أحدهما عليه لم يمنع ذلك حلف الآخر عليه أيضاً فاذا حلف قسّم الجدار بينهما ، لعدم الأولوية ، فان نكل الآخر بعد حلف الأول على الجميع حكم للمخالف به من غير يمين أخرى ، ولو حلف الثاني على النصف بعد أمر الحاكم له على الحلف بالجميع ، ففي الاعتداد بهذا اليمين و عدمه وجهان : و على الأول يكون النصف بينهما ، مع احتمال أنه للثاني خاصّة و إن قال في جواب الحاكم قبل الحلف انى لا أحلف إلا على النصف كان في الحقيقة مدعيا للنصف فقول المصنف ﴿فمن حلف عليه مع نكول صاحبه ، قضي له ﴾ ظاهر في موافقة الشافعي ، أللّهم الاأن يريد أنه مع النكول يحلف يميناً واحدة على الجميع ، قائمة مقام اليمين المردودة و يمين الانكار . لكنه كماترى أيضاً .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ ان حلفا أو نكلا قضي به بينهما ﴾ لعدم الترجيح وأسّ الجدار يتبع من يكون الجدار له ، اختصاصاً أو اشتراكاً فلو تنازعا فيهما حينئذ وأقام أحدهما بينة بالجدار فهو نويد في الأسّ و كذا الشجرة مع المغرس ، و ذلك لأن كون الجدار حائلا بين الملكين امارة على اشتراك اليد ، ولادلالة على اشتراكهما في الأسّ والمغرس ، فاذا ثبت الجدار لأحدهما اختصت به .

﴿ و ﴾ كيف كان فهذا كله اذا لم يكن لأحدهما يد اختصاص أما ﴿ لو ﴾ فرضت بأن ﴿ كان متصلا ببناء أحدهما ﴾ اتصال ترصيف بتداخل الأحجار واللبن فيه ، وفي حائطه المختص به ، كما يظهر ذلك في الزوايا على وجه دال على أنه جدار واحد ، أو كان لأحدهما عليه قبّة أو سترة على وجه يكونان من الجدار نفسه كما صرّح به في التذكرة أو نحو ذلك دون الآخر ﴿ كان القول قوله بيمينه ﴾ مع فقد البيّنة ، لصيرورته بذلك صاحب يد.

نعم لو اتصل بهما معا كذلك ، أو كان البناء لهما أو اختص أحدهما بصفة و الآخر بالاخرى فاليدلهما ، حتى لو كان لاحدهما واحدة و الباقي مع الآخر ، اذ لا أثر لزيادة اليد في الترجيح ، فيحلفان و يقسم بينهما ، كما يقسم لو نكلا الى تمام ما عرفته سابقا ، ولو بنى الجدار على جذع داخل طرفه في بناء أحدهما ففي التذكرة «كان بذلك صاحب يد» و نظر فيه في الدروس من أنه كالأس أو كالجزء قال : «ولو اتفقا على ملكية الجذع لصاحب الجدار المولج فيه فاحتمال اختصاصه أقوى» و ظاهره قوة الاختصاص في الأول ، ولعلّه كذلك ، ضرورة ظهور الفرق بينه و بين الاس بكون الخشبة شيئاً واحداً بخلاف الاس ، فانه أجزاء متعددة باعتبار تعدد آلاته والله العالم .

﴿ ولو كان لاحدهما عليه جذع أو جذوع ، قيل: ﴾ والقائل الشيخ ﴿لا يقضى بها ﴾ لجريان العادة بالتسامح للجار في ذلك ، بل قد سمعت أن مالكا وأحمدلا يجوزا منعه ، للخبر المزبور [1] ولدلالة كونه بين ملكيهما على ثبوت اليدلهما ، فوضع الجذوع من أحدهما مزيد انتفاع ، كاختصاص أحد الشريكين الساكنين بزيادة الأمتعة ، بل قد سمعت أن زيادة التصرف لايقتضي الترجيح ، بعد الاشتراك بما يقتضي كون اليدلهما .

﴿ و قيل : يقضى ﴾ بها لذيها ﴿ مع اليمين وهو الاشبه ﴾ بأصول المذهب وقواعده ، لأنه تصرف دال على الاختصاص بالملكية على وجه لايعارضه التسامح المزبور مالم يعلم ، ولمنع دلالة كونه بين ملكيهما على اليد اذا لم ينضم اليه تصرف بوجه من الوجوه السابقة كما في المسالك .

قال : « و حينئذ فوضع الجذع يفيد اليد للواضع ، ويبقى الآخر ، خاليا ، و يكون حكمه حكم ما سلف من المرجّحات ، ولو جامعها اعتبر ما فصّلناه » و فيه : أنه لااشكال في كونه يداً لهما ، كما اعترف به هو سابقاً ، ولذا لو ادعاهما به أجنبي كان القول قولهما بيمينهما .

(١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٨ .

نعم هي يد لا تعارض ما يدل عليه الوضع عادة من الاختصاص اذا كان الوضع على وجه ظاهر في كونه في أصل بناء الجدار فلا يد اشتراك معه كغيره من المرجحات السابقة التي هي علامة على اختصاص الجدار في نفسه لامن حيث كونه تصرفا ، و ما قدّمناه سابقا من عدم الفرق بين الاتحاد والتعدد انما هو في يد الاختصاص ، لامثل هذه اليد التي يعتبر في الحكم بها لهما عدم ما يقتضي الاختصاص عادة ، ﴿ و ﴾ يمكن ارادته ذلك .

نعم ﴿ لا يرجح دعوى أحدهما بالخوارج التي في الحيطان ﴾ كالكتابة و التزيين ، والوجه الصحيح من اللبن لو بناه بانصاف اللبن ، ﴿ ولا الروازن ﴾ والطين لا لامكان احداثه له من جهة من غير شعور صاحب الجدار ـ كما في المسالك ، بل و فيها « و مثلها الدّواخل فيه كالطاقات غير النافذة والروازن النافذة لما ذكر » ـ اذ هو مناف لأصالة الصحة في تصرف المسلم ، بل لعدم دلالتها عادة على الاختصاص ، بحيث تقطع يد الاشتراك ، اذ الروزنة ونحوها انما تصنع غالباً لبيان الاستحقاق في الجدار لا استحقاقه ، وحينئذ لافرق في ذلك بين احتمال حدوثها وعدمه في عدم قطع يد الاشتراك المتوقف على وجود ما يرجّح عليه مما يدلّ على الاختصاص ، ولو بامارة ظنية عرفية كالترصيف بين الجدارين الظاهر في أنه جدار واحد و كذا القبّة والسترة الكائنتان في الجدار نفسه .

والحاصل أن امارة الاختصاص تكون على وجهين ، أحدهما : في الجدار نفسه ، وثانيهما : في التصرف ولو كان طاريا ، اذا كان على وجه يقتضي الاختصاص بالمتصرف ، و ان كان التصرف حادثا فتأمّل .

﴿ ولو اختلفا في خصّ ﴾ بالضم ما يعمل من القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين ، ﴿ قضي لمن اليه ﴾ منهما ﴿ معاقد القمط ﴾ بالضم أيضا جمع قماط : وهي شداد الخص من ليف أو خوص أو غيرهما ﴿ عملاً بالرواية ﴾ وهي صحيحة منصور ابن حازم [1] المرويّة في الكافي والتهذيب عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن خصّ بين

(١) الوسائل الباب ـ١٤ـ من كتاب الصلح الحديث ـ١ـ .

دارين فذكر أن علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله القمط » و رواها أيضا في الكافي بسند آخر صحيح أوحسن عنه الا أنه قال : « عن حظيرة » وكذا الصدوق، إلا أنه قال: «فزعم» عوض «فذكر» المعتضدة بخبر عمر بن شمر[1] عن جابر عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنه قضى في رجلين اختصما إليه في خص فقال: إن الخص للذي إليه القماط» وبالعامي[2] « أن قوما اختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله في خص ، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن اليه معاقد القمط ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وآله فاخبره ، فقال : أصبت وأحسنت» وبفتوى المعظم من الاصحاب بل في التذكرة نسبته إلى علمائنا .

فما عن قول للشافعي من الحكم بعكس ذلك في غير محله ، وكذا ما عن أبي حنيفة من عدم الترجيح بذلك ، بل و ما عن المصنف في النافع من نحو ذلك قائلا أنها قضية في واقعة ، فلا يتعدى الحكم ، و حينئذ فحكم الخص حكم الجدار بين الملكين سيّما بعد قول الباقر عليه السلام في خبر عمر فتأمل .

نعم قد يقال : إنه لا يتعدى منها إلى سائر وجوه التراجيح ، بل يقتصر عليها في كل خص ، و أما غيرها فلابد من الترجيح بالامارة العادية في رفع يد الاشتراك والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة لا يجوز للشريك في الحائط التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ولا إدخال خشبة ﴾ ولا غير ذلك من التصرف ﴿ الا باذن شريكه ﴾ بلا خلاف ولا إشكال لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا ، وشرعا ، من غير فرق بين المضر وغيره ، بل في التذكرة « لا يجوز أخذ أقل ما يكون من ترابه لتتريب الكتاب » نعم استثنى له ولغيره الاستناد إليه ، واسناد المتاع و نحوه مع فرض عدم الضرر ، و كذا الجدار المختص عملا بشاهد الحال كما في الدروس ، ولأنه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير . والاستظلال بجداره ، مع أنه صرح في المسالك تبعا للتذكرة بحرمة ذلك أيضاً مع منع المالك و الشريك ، لأنه نوع تصرف بايجاد الاعتماد عليه .

---

(١) الوسائل الباب ١٤ من كتاب الصلح الحديث ٢ .

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦٧ .

لكن في الدروس هل لصاحب الجدار منع المستند والمستظل إذا كان المجلس مباحاً؟ الأقرب عدم المنع مع عدم الضرر، ومنه يعلم حينئذ أن الجواز للإذن الشرعية، لا المالكية المدلول عليها بشاهد الحال، فلا فرق حينئذ بين ملكه لمولى عليه وغيره، للسيرة المستمرة، إلا أن الانصاف كون المتيقن منها حال عدم التصريح بالمنع، لا مطلقا، لأن الناس مسلطون على أموالهم و فرق واضح بين الاستناد و نحوه وبين الاستظلال و نحوه بالتصرف في مال الغير في الأول بخلاف الثاني.

أللهم إلا أن يقال إن في المنع عن ذلك ونحوه في الجدران المشتركة بين الاملاك وفي الطريق النافذة وغيرها عسرا وحرجا على أن الانتفاع بالفضاء المملوك مثلاً لايتم إلا بالمماسة للجدار والامتناع عن بعضه مقدمة ليس بأولى من سقوط حرمة مثل ذلك مقدمة، جمعاً بين الحقين، ولقاعدة « لاضرر ولاضرار ».

نعم إنما يقتضي ذلك جواز المماسة لا الاستناد، ولعله يمكن الفرق بينهما إن لم يكن سيرة تقتضي بجوازه حتى مع المنع، هذا و في المسالك و موضع الخلاف ما إذا كان المجلس للمستند، وإلا لم يجز إجماعاً، وكأن مراده ما سمعته من الدروس من اعتبار إباحته، لا كونه ملكاله.

كما أن ذلك ربما يكون شاهداً لما ذكرناه، و إلا فلا تلازم بين حرمة المجلس و حرمة الاستناد أو اللمس، وكذا ما فيها أيضاً من أنه لو بنى الشريك في ملكه جداراً متصلا بالجدار المشترك أو المختص بحيث لايقع ثقله عليه جاز، ولم يكن للآخر الاعتراض عليه، ولو ألقى ثقله عليه لم يجز بدون إذنه، فإنه أيضاً مبني على ماذكرنا.

نعم ليس له حك شيء من آلاته حجراً كانت أو آجراً أو لبناً، ولا الكتابة عليه ولا غير ذلك، وإن سلم من مظنة الضرر، لقاعدة «حرمة التصرف في مال الغير» السالمة عن معارضته السيرة والعسر والحرج، و ما في الدروس ـ من تعليل حرمة ذلك بأنه تصرف في ملك الغير بما هو مظنة الضرر، موهماً اعتبار ذلك في الحرمة ـ في غير محله والأمر سهل.

﴿ ولو انهدم ﴾ الجدار أو استرم ﴿ لم يجبر شريكه على المشاركة في عمارته ﴾

بلاخلاف ولا إشكال ، للأصل وقاعدة التسلط ، بل الأقوى توقف عمارته من الشريك خاصة على إذن الآخر لذلك أيضاً خلافاً لبعضهم ، فجوّزه لانه نفع واحسان ، وحكاه في الدروس عن الشيخ ، ولعلّه الظاهر من قواعد الفاضل ، وفيه منع اقتضاء ذلك الجواز ، وآخر ففرق بين إعادته بالآلة المشتركة فلا يشترط رضاه وبين إعادته بآلة من عنده ، فيشترط لبقائه شريكاً على الاول بخلاف الثاني ، وفيه ما عرفت أيضا ، و في الدروس « ولو بناه أحدهما بالآلة المشتركة كان بينهما وفي توقفه على إذن الآخر مع اشتراك الأساس احتمال قوي ، ولو أعاده بآلة من عنده فالحائط ملكه ، و التوقف على اذنه هنا أقوى » و منع الشيخ من التوقف على إذن الآخر ، و له منع الآخر من الوضع عليه في الثانية دون الأولى نعم للشريك المطالبة بهدمه ، قال الشيخ : « أو يعطيه نصف قيمة الحائط ، و يضع عليه ، و الخيار بين الهدم و أخذ القيمة للثاني » و فيه : أنه ، يكفي في قوة الاحتمال الأوّل اشتراك الآلات ، وإن لم يكن الأساس مشتركا ، كما أن له المنع من الوضع أيضاً مع فرض اشتراك الآلات ، فما في المسالك ــ تبعا لما سمعته عنها من أن له منع الشريك من وضع الخشبة مع اختصاصه بالآلات دون ما لو بناه بالمشتركة ــ في غير محلّه أيضاً اللهم إلا أن يكون الوضع مستحقاله سابقا مثلاً ، فيتجه حينئذ ما ذكره .

وعلى كل حال فقد ظهر لك عدم جواز عمارة الشريك بدون الإذن مطلقا ، نعم في المسالك « على القول باعتبار إذن الشريك لو خالف و عمّره فهل للشريك نقضه احتمال ، من حيث تصرفه في ملك غيره ، وتغيير هيئته ، ووضعه الذي كان عليه فصارت الكيفية الثانية كأنها مغصوبة فله ازالتها ، والأقوى العدم إن كان بناه بالالة المشتركة لأن هدمه أيضا تصرف في مال الغير وهو الشريك الذي بنى فلا يصحّ كالأول ، وإنما تظهر الفائدة في الاثم ، والجواز إن كان بناه بغير آلته لأنه عدوان محض ، وتصرف في أرض الغير ، فيجوز تغييره » .

قلت : قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة بل صرّح فيها بعدم جواز نقض من بناه أيضاً ، لكنه لم يصرّح في بناء الفرع تقدير اعتبار الإذن والمتجه أن له ذلك أيضاً ،

فإن له الامتناع من بناء الآلات المشتركة ، كما اعترف به في جامع المقاصد ، ومن التصرف في أرضه مع فرض الشركة في الاساس ، فلم يكن الوضع حينئذ بحق فهو ظالم لا حقّ لعرقه ، فله الإزالة بلا أرش .

نعم لو قلنا بحرمة ذلك عليه اتجه حينئذ الزامه به، كما لو هدمه ابتداء هذا وفي المسالك ايضاً « أنه حيث يتوقف البناء على إذن الشريك ويمتنع يرجع أمره إلى الحاكم ليجبره على المساعدة أو الإذن ، فإن امتنع أذن الحاكم ، وهل له الإذن فيه بأجرة يرجع بها على الشريك أو مجاناً الأقوى الثاني ، لأن الشريك إذا لم يجبر على العمارة لا يجبر على الانفاق ، فإذا اختار الشريك بناءه مجاناً ، فعل ، وإلا تركه » .

قلت بل قد يشكل جبره على الإذن على وجه تقوم إذن الحاكم مقامه . بأن له الإمتناع منها ، لقاعدة « التسلط » و« عدم حلّ مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه» وغيرها ومن هنا أنكر عليه ذلك في الحدائق ، خصوصاً بناء على مختاره سابقاً من اعتبار الإذن في الجواز للشريك ، حتى لو أراد بناءه من غير رجوع عليه ، وإنه يأثم لو بناه من غير اذن . إلى غير ذلك من عباراته التي هي كعبارة غيره من الاصحاب ، خصوصاً مثل اطلاق المصنف وغيره ، وخصوصا مثل عبارات التذكرة في الظهور أو الصراحة في عدم وجوب الإذن عليه ، بناءً على اعتبار اذنه .

نعم في جامع المقاصد « فرع : لو أراد أحد الشريكين الإضرار بصاحبه في الجدار والقناة والدولاب ونحوها ، فامتنع من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمتنع الانتفاع بدون جميعها ، فليس ببعيد أن يرفع أمره إلى الحاكم ليخير الشريك بين عدة أمور : من بيع وإجارة وموافقة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك عملاً بقوله [1] « لاضرر ولاضرار » ولأن في ترك جميع هذه الأمور إضاعة للمال ، وقد نهي عنها ، ولم أظفر بتصريح فينبغي أن يلمح » .

قلت : قد يشهد له في الجملة ما في دعائم الاسلام [2] قال : « روينا عن جعفر بن

(١) الوسائل الباب ـ ١٧ ـ من ابواب الخيار الحديث ـ ٤ ـ ٥ ـ
(٢) الدعائم ج ٢ ص ٥٠٤ الطبعة الثانية بمصر .

، صلوات الله عليه أنه سئل عن جدار الرجل وهو سترة فيما بينه وبين جاره سقط ، امتنع من بنيانه قال : ليس يجبر على ذلك إلا أن يكون وجب ذلك ، لصاحب الدار الاخرى ، أو شرط في أصل الملك ، ولكن يقال لصاحب المنزل : استر على نفسك في حقك إن شئت . قيل له فإن كان الجدار لم يسقط ، ولكنه هدمه أو اراد هدمه إضراراً بجاره لغير حاجة منه إلى هدمه ، قال : لا يترك ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : « لاضرر ولا ضرار » و ان هدمه كلف أن يبنيه .

وعلى كل حال فما في جامع المقاصد هو كالصريح في عدم الجبر في غير الصورة المفروضة ، ومنه ماسمعته من المسالك الذى لم يعلقه على الضرر ونحوه ، بل جعله من احكام الشركة في الجدار التي قد اعترف سابقا باعتبار الاذن من الشريك ، لو أراد التبرع ببنائه ، ولاحقا في مسألة السفل والعلو ، وحينئذ يكون كاقتراح وضع جدار مشترك بينه وبينه في أرض مشتركة ، وآلات كذلك ، ولاريب في عدم وجوب الاذن بذلك عليه ، وان تضرر الآخر بذلك ، وانه لاوجه لرفع أمره الى الحاكم ، ولا الجبره على ماهو غير واجب عليه .

نعم لو قلنا أن سبق وجود الجدار بينهما يوجب الحق لهما في وضعه على وجه لايجوز له الامتناع مع طلب الاخر ، اتجه حينئذ ذلك ، لكن ينبغي عليه عدم اعتبار اذنه ، بل تهيه أيضاً كما في باقي صور امتناعه عمّا هو حق عليه ، وكأنه هو الذي لحظه الفاضل فيما ذكره في القواعد من عدم جواز منعه اياه لو أراد الانفراد بالعمارة الا أنه كما ترى ، ضرورة عدم ثبوت حق يكون الجدار بينهما على وجه يوجب ذلك وهو واضح ، ولو سلم فهو غير ماسمعته من المسالك الذي لم أعثر على موافق له فيه ، ولا من احتمله ، بل صريح كلماتهم عدمه ، بل هو في نفسه بناء على اعتبار الاذن في غير محلّه ، بل منه يعلم مافي تفصيل المحدث البحراني من أنه لايحتاج الى الاذن من الشريك في العمارة مع فرض التضرر به ، ولابدّ منها مع عدمه ، اذ هو مع أنه خروج عن محلّ البحث الذي هو الجدار المشترك من حيث كونه كذلك : أي مع قطع النظر عن الامور الخارجية ، قد يناقش فيه بأن فرض ضرر أحدهما بعدم العمارة قد يعارض

بفرض ضرر الاخر بها ، والضرر لايدفع بالضرر ، كمااعترف بهالفاضل وغيره في الرد على الشافعي في القديم من المساعدة في العمارة ، بل ومع فرض عدمه أيضاً بعدم وجوب دفع الضرر عن الغير ببدل مال آخر ، وان لم يتضرر به ، والا لوجب ذلك في الجدار الجديد وغيره .

نعم قد يقال بوجوب القسمة ونحوها أو برفع الأمر الى الحاكم ، ليرى وجها يحكم بهلقطع النزاع بينهما ، مراعيا للجمع بين الحقين ودفع الضرر عنهما من باب السياسات المعدّ هولها ، ولعله على ذلك يحمل مافي دعائم الاسلام[1] « وعنه صلوات الله عليه عن الجدار بين الرجلين ينهدم ، ويدعو أحدهما صاحبه الى بنائه ، ويأبى الاخر قال : ان كان مما يقسّم قسّم مابينهما ، ويبنى كلّ واحد منهما حقّه ان شاء ، أو ترك ان لم يكن ذلك يضرّ صاحبه ، وان كان ذلك ممالايقسم قيل له : ابن أوبع أوسلّم لصاحبك ان يرضى أن يبنيه ، ويكون له ذلك ، وان اتفقا على أن يبنيه الطالب وينتفع به ، فإن أراد الاخر الانتفاع به معه دفع اليه نصف القيمة » فتأمل جيّداً والله العالم .

ومما ذكرنا يعلم الحال فيما ذكره المصنف وغيره بقوله ﴿ وكذا لو كانت الشركة في دولاب أو بئر أو نهر ﴾ أو قناة أوناعورة اونحو ذلك ، أي لايجبر الشريك على المشاركة في عمارتها من غير فرق بين كون المشترك ذاغلّة تفي بعمارته ، وغيره عند الاصحاب على مافي المسالك ، وبين القابل للقسمة وعدمها ، وانما نبّه بذلك على خلاف أبي حنيفة الذي حكم باجبار الشريك على المساعدة على العمارة في هذه المذكورات دون الحائط ، فارقا بينهما ، بأن الشريك لايتمكن من المقاسمة فيها ، فيتضرر به بخلاف الجدار ، فإنه يتمكن من قسمته ، وردّ بامكان كون القسمة فيه أكثر ضررا عليه ، فكانا حينئذ سواء .

نعم لوأنفق أحدهما على البئر أو النهر لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء الذي ينبع في ملكهما المشترك بينهما الذي أثر فيه نقل الطين عنه ، و ليس له

(١) الدعائم ج ٢ ص ٥٠٥ الطبعة الثانيه بمصر .

فيه عين ملك ، بخلاف الحائط إذا بناه بآلات منه كما هو واضح .

﴿ وكذا ﴾ ظهر لك مما ذكرناه ايضاً أنه ﴿ لايجبر ﴾ عندنا ﴿ صاحب السفل ولا العلو ﴾ في الساباط وغيره ﴿ على بناء الجدار الذي يحمل العلو ﴾ ولا على جدار البيت، لأصالة براءة الذمة من وجوب عمارة ملك الانسان لنفسه ، فضلا عن الغير إلا أن يكون ذلك لازماً بعقد ، فيجب حينئذ كعمارة الساقية المستحق إجراء الماء فيها، خلافاً للشافعي فيجبر صاحب السفل على الإعادة ، ولاريب في ضعفه ، ولو طلب صاحب العلو مثلا بناء جدران السفل تبرعاً فهل له منعه ؟ ففي المسالك «فيه الوجهان السابقان» و أطلق في التحرير «ليس له منعه» .

قلت: قد عرفت التحقيق في ذلك سابقا ، وأما ما حكاه عن التحرير فيمكن تنزيله على ما في القواعد من أنه لو طلب صاحب العلو عمارة السفل بنقض صاحبه كان لمنعه، وإن أعاده بآلة من عنده فله ذلك ، وإن كان يجب تقييده ايضاً كما في جامع المقاصد بما إذا لم يكن الأساس للآخر ، ولامشتركا بينهما ، والا لم يجبر بدون الإذن ، لما عرفته سابقا ، لكن فيما حضرني من نسخة للتذكرة سقيمة «و إن أراد بناؤه بآلة من عنده فله ذلك ، و جاز أن يبني على عرصة مشتركة بينه وبين غيره بغير إذنه ليصل الى حقّه من الحمل عليه » ولايخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما قدّمناه سابقاً .

وعلى كل حال فلو بناه في ارضه من نفسه كان له منع صاحبه من الانتفاع بالمعاد بفتح كوّة و غرز وتد و نحو ذلك ، أما الاستكان فالظاهر أنه ليس له المنع منه و إن انتفع به ، هذا كله اذا انهدم بنفسه ، أوهدماه معاً من غير شرط ، أما اذا استهدم فهدمه صاحب السفل بشرط أن يعيده ، ففي التذكرة أجبر عليه قولا واحدا ، أي اذا كان ذلك منه بملزم شرعي .

﴿ ولو هدمه ﴾ أي الجدار المشترك مثلاً ﴿ بغير اذن شريكه ﴾ الذي لم يجب هدمه عليه لاستهدامه ﴿ وجب عليه اعادته ﴾ لأنه ضمان مثله عادة ، لكن في الدروس « ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع ، والا فالأرش، والشيخ اطلق الإعادة ، والفاضل أطلق الأرش ، و في المسالك بعد أن حكى تفصيل

الدروس ، وتبعاً للكركي « وفيه مناسبة الا أنه خارج عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت ، فانه محض صفة اذ الأعيان باقية ، والمماثلة في الصفة بعيدة ، فالقول بالأرش مطلقا أوضح » .

قلت : قد يقوى ما ذكره الشيخ لصدق المثلية عرفاً ، بل تصح الاجارة على صنعة جدار مثل هذا الجدار . نعم لو فرض تعذر ذلك كما في بعض البناء انتقل الى القيمة كما في كل مثلي تعذر مثله ، وكذا الكلام في كسر الخاتم ونحوه ، وفتق الثوب ونحوه.

ولو هدمه باذن شريكه وشرط اعادته ، وجب ذلك اذا كان الشرط في عقد لازم، بل قد سمعت ما في التذكرة في نظيره من أنه ـ كذلك قولا واحداً ، لكن ربما ظهر من بعضهم كونه من المسألة السابقة التي يجب فيها الأرش ، ولعله لعدم امكان الشرط لما عرفت من عدم امكان ضبط الصفة ، الا أنه كما ترى ، فان عود الشيء على ما كان بحيث يتحقق فيه الصدق عرفاً ممكن و واقع ، بل من ذلك يعلم قوة ما ذكرناه أولا.

بل قد يؤيده أيضاً أن الأرش المذكور هنا ان اريد به ما يخص الشريك من مقابل الهيئة الفائتة ، فهو لا يجدي في عمارة الجدار المزبور الذي تحقق فيه الضرر عليه بهدمه ، ولو لفوات حصة الشريك ، فلم يكن في ذلك جبر لضرره ، و ان اريد به ما يقابل تمام الهيئة ، ففيه أنها مشتركة بين الهادم والشريك ، والانسان لا يضمن لنفسه مضافاً الى ما عن الاردبيلي من استبعاد الارش فيما حكي عنه قال : « فانه لا يسوى بعد الهدم الا شيئاً قليلا جداً ، والجدار الصحيح تكون له قيمة كثيرة ، بل المناسب على القول بالأرش أن يراد به ما يحتاج في تعمير مثل ذلك ، وفيه أيضاً تأمل ، اذ قد يتفاوت العمل والأجرة كثيراً فتأمل ، و بالجملة القول بوجوب الاعادة بحيث يصدق عليه عرفاً أنه اعادة قوي جداً في صورة عدم الشرط فضلا عما لو شرطه و الله العالم .

ولو اصطلح الشريكان على أن يبنياه و يكون لاحدهما اكثر مما كان له ، فعن الشيخ بطلان الصلح، لأن فيه اتهاب ما لم يوجد ، و فيه أنه يكفي مشاهدة الآلات أو وصفها ومشاهدة الأرض ، ودعوى ـ أن الجدار جزء صوري من التأليف لا يمكن ضبطه ـ يدفعها ، أن الصورة صفة تابعة للموهوب وضبطها ممكن ، والا لما جاز الاستيجار على

البناء المقدر بالعمل ، كدعوى عدم العوض بعد تساويهما في العمل وغيره التي يمكن دفعها بما عرفته سابقاً من عدم اعتبار العوض في الصلح ، على أنه يمكن القول هنا بأن الشارط على نفسه متبرع بما يخص شريكه من عمله ، والشارط لنفسه غير متبرع ، فيشترط له قدرا من الملك .

وكذا دعوى اقتضاء تعليق الملك في عين ـ وهو ممتنع لامتناع الأجل في الملك ومن هنا احتمل بعضهم جواز اشتراط تملك الاكثر من الآلات لامن الجدار بعد البناء وحينئذ فلو انفرد أحدهما بالعمل وشرط لنفسه الاكثر من الآلة صح قطعاً ـ ، اندفع تدفع أيضاً بأن هذا الصلح يجري مجرى الاستيجار على الطحن بجزء من الدقيق ، وعلى الارتضاع بجزء من العبد ، فإنه يملكه في الحال ، ويقع العمل فيما هو مشترك بينه وبين غيره ، وعلى هذا يملك الاكثر مبنيا .

كل ذلك مضافاً الى ما سمعته غير مرة من كون الصلح عقدا مستقلا برأسه ، لايعتبر فيه جريان غيره من العقود على مورده ، فربما كان مورده لايجري عليه عقد من العقود ، وإنما فسر أنه كلما يفرض إمكان قطع الخصومة به لو كانت مما لايكون فيه تحليل حرام ولاتحريم حلال ، ولاريب في جواز رفع أحد الشريكين يده عما يملكه من آلات الجدار جميعه ، فضلا عن الأكثر ، ببنائه من الشريك الآخر خاصة ، أو مع كونه معه ، فيصح الصلح حينئذ عليه وان لم يكن عوض للمتبرع من ماله وعمله سوى كون الجدار مبنيا ليكون ساترا مثلا بينهما كما هو واضح . والله العالم .

ثم انه لاخلاف ولا اشكال في جواز قسمة الجدار المشترك طولا وعرضاً ، وطوله امتداده من زاوية البيت مثلا إلى الزاوية الأخرى ، لا ارتفاعه عن الارض الذي هو عمقه والعرض هو السطح الذي يوضع عليه الجذوع ، فلو كان طوله عشرا و عرضه ذراعين فاقتسما في كل الطول و نصف العرض ، فيصير لكل واحد منهما طول عشرة اذرع في عرض ذراع جاز ، و كذا لو اقتسماه في كل العرض و نصف الطول بأن يصير لكل واحد منهما طول خمسة اذرع في عرض ذراعين .

ثم القسمة بعلامة توضع جائزة في الأمرين ، وبالنشر جائز في الثاني دون الأول

إلاّ مع تراضيهما ، كما لو نقضاه و اقتسما الآلة ، والقرعة ممتنعة في الأول لامكان وقوعها على مالاينتفع به مع عدم امكان التبديل ، بل يختص كلّ وجه بصاحبه ، ولعلّه لذا قال في القواعد : « ولايجبر أحدهما لوامتنع عن القسمة في كلّ الطول و نصف العرض لأن القرعة معيار القسمة (لكن قال ايضاً) وكذا في نصف الطول وكل العرض و تصح القرعة في الثانية دون الأولى ، بل يختص كلّ وجه بصاحبه » و ظاهره عدم الاجبار في الصورتين ، لكن في محكي التذكرة أنه إن انتفى الضرر عنهما أو عن الممتنع اجبر عليهما في الصورة الثانية ، و إن تضرر الممتنع لم يجبر ، وفي الدروس « و متى تطرق ضرر عليهما أو على أحدهما و طلبه الآخر فهي قسمة تراض ، وإلا فهي قسمة اجبار ، ولو طلبها المتضرر أجبر الآخر ، وكذا يجوز قسمة عرضه قبل البناء » .

قلت : هذا خلاصة ما في القواعد وجامع المقاصد والدروس ، لكن قد يتوقف في جعل معيار القسمة القرعة ، بمعنى عدم الاجبار عليها مع عدم إمكانها ، كما أنه قد يتوقف في اعتبار إمكان وقوعها على ما ينتفع به ، إذ يمكن حينئذ الرجوع إليها و الأخذ في المقام وإن وقعت في الوجه الخارج عنه ، إلا أنه يمكن التبديل بالمعاوضة والاجارة و نحوها ، ولتحقيق ذلك - وتحقيق وجوب الإجابة إلى القسمة مطلقا على وجه يجبر الممتنع منها - محل آخر يأتي إنشاءالله .

ولوملكا دارين متلاصقين مثلاً ، فليس لأحدهما مطالبة الآخر ، برفع جذوعه ، ولامنعه من التحديد لوانهدم السقف إذا لم يعلما على أي وجه وضع ، لجواز كونه بعوض ، و عن الخلاف نفي الخلاف فيه ، كما نصّ على ذلك كله في الدروس ثم قال : « نعم لو ادّعى أحدهما الاستحقاق ونفاه الآخر جزماً احتمل حلف المنكر ، و عليه الفاضل ، وظاهر الشيخ أن على مدعي العارية البيّنة ، واليمين على الآخر » .

قلت : لكن في القواعد « لووجد بناءه أو خشبته أو مجرى ماءه في ملك غيره ، ولم يعلم سببه فالأقرب تقديم قول صاحب الأرض والجدار في عدم الاستحقاق » و وافقه عليه في جامع المقاصد ، لأصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ، ولأن اليد تقتضي الاختصاص بالانتفاع ، والوضع أعمّ من الاستحقاق ، وغايته أن يكون بحقّ ،

وهو أعم من العارية التي يجوز فيها الرجوع .

و فيه أن الأصل في تصرف المسلم و يده أن يكون بملك و إستحقاق حتى يعلم عدمه ، فالمتّجه حينئذ فيما فرضه في الدروس وجوب الإبقاء ، أمّا لو فرض غير ذلك بأن تنازع أحدهما مع الآخر في الإستحقاق وعدمه ، ولم يكن ثمّ استناد الى يد ونحوه ، فالمتّجه كون اليمين على منكر الإستحقاق و ما عن الشيخ من كون البيّنة على مدّعي العارية واليمين على الآخر يمكن تنزيله على ذي اليد و نحوه ، كما أنّ ما في القواعد وجامع المقاصد إن كان المراد به ما فرضه أولا في الدروس ففيه ما عرفت ، و إن كان المراد به ما ذكره بقوله «نعم» فهو متّجه ، وان كان هو غير ظاهر من أوّل العبارة ، ولكن الأمر سهل بعد وضوح الحال والله العالم .

المسألة ﴿ الخامسة : اذا تنازع صاحب السفل والعلو في جدران البيت ﴾ الحاملة للعلو ﴿ ف ﴾ المشهور كما في المسالك ان ﴿ القول قول صاحب البيت مع يمينه ولو كان في جدران الغرفة ، فالقول قول صاحبها مع يمينه ﴾ قيل : ويعضده أن جدران البيت جزؤه وجدران الغرفة جزؤها ، فيحكم بهما لصاحب الجملة بل في جامع المقاصد جعل ذلك دليل المسألة ، وفيه : أنه بعد فرض التنازع في ذلك يكون المراد من الاعتراف بكون البيت والغرفة له مع فرضه ماعدا محلّ النزاع منها والا لم يكن ثم وجه للمخاصمة ، كي تتوجه البيّنة على أحدهما ، واليمين على الاخر ، فلادليل حينئذ للحكم المزبور الاّ دعوى استقلال اليد من كل منهما على ما ادّعاه فيكون القول قوله مع يمينه .

نعم قد يناقش بمنع استقلال يد صاحب السفل على جدار بيته ، مع فرض تصرّف صاحب العلوّ به وبالبناء عليه ، وبمنع استقلال صاحب العلو مع فرض تصرف صاحب السفل به باتصاله بالعالي بملكه ، على وجه هو كالجزء منه ، وبالاستكنان تحت السقف المعلق عليه ، و التصرف في الجدار انما هو بالتصرف في بعض أجزائه ، لأنه شيء واحد عرفا ، وبذلك يظهر لك ما في المحكي عن ابن الجنيد من أن جدار البيت بينهما ، لأن حاجتهما اليه واحدة ، بخلاف جدران الغرفة ، اذ لاتعلّق لصاحب البيت

به ، إلا كونه موضوعاً على ملكه ، و إن ارتضاه في المختلف ، بل في المسالك هو قول جيّد ، إلا أنك عرفت قوّة اشتراك الجميع في اليد من كلّ منهما ، أللهم إلا أن يدّعى استقلال اليد عرفا منهما على كل منهما ، خصوصاً في جدار الغرفة المتفق على اختصاص يد صاحبها حتى من ابن الجنيد كالسقف الأعلى ، و أنّ ما ذكرناه ليس من الأمارة على اشتراك اليد في العادة فيتّجه حينئذ قول المشهور ، ﴿ولو تنازعا في السقف قيل:﴾ والقائل الشيخ فيما حكي عنه ﴿ إن حلفا قضي بهلهما ﴾ وكذا إن نكلا وإلا اختص بالحالف منهما على نحو ما سمعته في التنازع في الجدار وشبهه الذي يدهما معاً عليه وقوّاه في الدروس قال: « وفي المبسوط يقسّم بعد التحالف ، والقرعة أحوط » ، وتردّد في الخلاف بين القرعة والتحالف ، ﴿ وقيل ﴾ والقائل ابنا الجنيد وادريس ﴿لصاحب العلوّ ﴾ ومال إليه في المسالك بل اختاره في جامع المقاصد ، بل عن الفاضل ترجيحه في كثير من كتبه ، لأن الغرفة انما تتحقق بالسقف الحامل ، لأنه أرضها و البيت قد يكون بغير سقف ، و هما متصادقان على أن هنا غرفة فلابدّ من تحققها ، ولأنّ تصرّفه فيه أغلب من تصرف صاحب السفل ، وإن كان هما معاً كما ترى .

نعم قد يقال : ان اليد مختصّة به ، دون الاسفل ، لأن سكونه تحته ليس يداً عليه ، وان كان هو محلاً للنظر أيضاً باعتبار صدق التصرّف به بالتصرف في البيت الذي هو من أجزائه ، بل فيما تسمعه من القواعد احتمال اختصاصه به ، باعتبار أن الغرفة على البيت ، فلا يتحقق الا بعده ، والبيت لا يتمّ الا بالسقف ، وان كان هو واضح الضعف أيضاً ، فالأقوى الاشتراك بينهما على الوجه الذي تقدم .

﴿ وقيل : ﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك ﴿ يقرع بينهما وهو حسن ﴾ عند المصنف ، [1] « لأنها لكل أمر مشتبه » وفيه : أنه لا اشتباه بعد اقتضاء اليد الاشتراك بينهما ، وفي المسالك « وربما منع الاشتباه هنا ، لأن رجحان أحد الطرفين في نظر الفقيه يزيل الاشتباه بالنسبة الى الحكم » هذا وفي القواعد « أما السقف فان لم يكن

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ١١ لكن فيه كل مجهول ففيه القرعة الى آخره .

احداثه بعدبناء العلو كالازج الذي لايمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العلو ، فهو لصاحب السفل ، لاتصاله ببنائه ، وان كان بحيث يمكن احداثه كجذع يثقب له في وسط الجدار ويجعل البيت بيتين فهما مشتركان فيه ، فيحتمل ـ التسويه لأنه أرض لصاحب العلو وسماء لصاحب السفل ، ـ واختصاص الاول ـ والثاني» .

و تبعه على ذلك في الدروس قال : « ولو لم يمكن إحداث السقف بأن كان أزجاً ترصيفاً حلف صاحب البيت لاتصاله به » وكذا في جامع المقاصد والمسالك قال في الاخير منهما : « و موضع الخلاف السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت ، أما مالا يمكن كالازج الذى لايعقل احداثه بعد بناء الجدار الأسفل لاحتياجه إلى اخراج بعض الأجزاء عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ، ليكون حاملا للعقد ، فيحصل به الترصيف بين السقف والجدار ، وهو دخول آلات البناء من كل منهما في الآخر ، فان ذلك دليل على أنه لصاحب السفل فيقدم قوله بيمينه» .

قلت : قد يناقش بأن ذلك لا ينافي وجود يد من صاحب العلو بالتصرف فيه أيضاً الممكن أن يكون ذلك بالشراء من صاحب البيت أو غيره ، و حينئذ يكون يد كل منهما عليه ، فيتجه فيه التحالف على النحو المذكور .

المسألة ﴿ السادسة : إذا خرجت اغصان شجرة ﴾ أو عروقها ﴿ إلى ملك الجار ، وجب ﴾ و ثبت له استحقاق ﴿ عطفها ﴾ مثلا على مالكها ﴿ إن أمكن والا قطعت من حدّ ملكه ، وإن امتنع صاحبها ﴾ من ذلك عطفها أو ﴿ قطعها الجار ولا يتوقف على إذن الحاكم ﴾ في تفريغ ملكه عما لا يستحق بقاؤه عليه ، فضلا عما يكون بقاؤه عدواناً ، و قاعدة « قبح التصرف في مال الغير لا تأتي في دفع الظلم او الضرر عنه ، خصوصاً مع كون هتك الحرمة من المالك نفسه بالظلم و غيره ، ولذا صرّح في محكي التحرير بالوجوب والاجبار مع الامتناع ، و جعله المختار في جامع المقاصد .

بل قد يظهر من اطلاق المحكي عن التحرير أن للمالك الإزالة من دون استيذان المالك ، كما لو دخلت بهيمة إلى داره أو زرعه ، بل صرّح به في جامع المقاصد ، لأن ازالة العدوان عليه أمر ثابت له ، و توقفه على اذن الغير ضرر ، ولانه

لو توقف على اذن المالك لتوقف على اذن الحاكم مع الامتناع ، لعدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ، وغير اذن من يقوم مقامه مع التمكن ، و حينئذ فما يظهر من المتن والدروس و محكي التذكرة من اعتبار اذنه لا يخلو من نظر ، و ربما يقوى التفصيل بين ماكان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الإذن منه أو من الحاكم و عدمه ، فلا يحتاج إلى الاذن في الأول دون الثاني مراعاة للجمع بين القواعد جميعاً .

وعلى كل حال فما عن التذكرة ـ من ان مالك الشجرة لايجب عليه ازالتها ، وان جاز لمالك الارض ، لانه من غير فعله ، و يلزمه عدم الاجبار عليه ـ مخالف للقواعد الشرعية .

نعم مع امكان العطف لايجوز له القطع ، فلو فعله كان ضامنا ، لكن هل يضمن جميع ما يقطع أم تفاوت ما بينه و بين المعطوف وجهان كما في المسالك من التعدي فيضمن ومن ان العطف حق له ، وما يفوت به في حكم التالف شرعا ، ولعلّ الأقوى الأول ، كما أنه يقوى وجوب الاجرة لمع امتناع المالك ، وإن لم يستأذن الحاكم، إذا لم ينو التبرع ، ولومضت مدة طويلة عليها كذلك مع تفريطه ، ضمن أجرة الأرض و الهواء كما صرح به غير واحد ، بل لعله كذلك مع صدق استبقاء المنفعة و إن لم يكن ثم تفريط ولذا صرح غير واحد أيضاً بأنه ليس لمالك الأرض إيقاد النار تحت الاغصان لتحرق حيث يجوز القطع لأنه أشد ضرراً فلو فعل ضمن مايتلف بسببه زيادة على حقه وهو كذلك .

نعم قد يقال إنّ له إيقاد النار لمصالحه ، كالتنور و نحوه و إن ادّى ذلك إلى تلف الاغصان مع تفريط المالك بعدم العطف مثلا ، أو القطع لعموم « تسلط الناس » ولأن اهماله و تفريطه أقوى من انتفاع المالك بماله المؤدي إلى تلف مال الغير فتأمل وفي حكم الشجرة الجدار المائل إلى ملك الغير .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لوصالحه على إبقائه ﴾ أي الغصن مثلاً ﴿ في الهواء لم يصح على تردد ﴾ ينشأ من عدم جواز افراد الهواء بالصلح تبعا للبيع ، ومن كونه عقداً مستقلا مع عدم كون ذلك صلحاً عن الهواء ، بل هو صلح عن منفعة ، قائم مقام

الاجارة، لكن لاريب في أن الأقوى الثاني كما عرفته في نظائره، خلافا للمحكي عن الشيخ.

﴿ أما لو صالحه على طرحه على الحائط ، جاز ﴾ بلاخلاف ﴿ مع تقدير ﴾ المدة و ﴿ الزيادة أو إنتهائها ﴾ بل قد عرفت جوازه في نظير المسألة ، مع التصريح بالتأبيد ، بل قد عرفت جوازه مع عدم تقدير بالزيادة ولا انتهائها لتحمّل الصلح من الجهالة ما لايتحمله غيره ، خلافا لجماعة ، فاعتبروا في جوازه الأمرين جميعاً ، بل في الدروس و غيرها التصريح بعدم جواز التأبيد والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة اذا كان لإنسان بيوت الخان السفلى ، ولآخر بيوته العليا ، و تداعيا الدّرجة قضى بها لصاحب العلو مع يمينه ﴾ من حيث كونه صاحب سفل وعلو لاستقلال يد اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك ، وإن كانت موضوعة في الأرض المحكوم بها أيضا لصاحب السفل باعتبار اقتضاء اليد عليها ، اليد على محلّها ، و يد اختصاص الأسفل على غيرها من الأرض لايوجب اليد له عليها ، كما هو واضح .

نعم في المسالك هذا مع اختلافها في الخزانة تحتها ، أما لو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الأسفل كانت الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى والأسفل ، فيجرى فيها الخلاف السابق ، و في الدروس « ولو تنازعا في المرقى ومحلّه فهو للأعلى ، وفي الخزانة تحته بينهما ، ولو اتفقا على أن الخزانة لصاحب الاسفل فالدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، فيقضي بها بينهما ، ولاعبرة بوضع الأسفل آلاته وكيزانه تحتها، ثم إذا ثبت الدرجة للاعلى فهو ذو يد في الاس » .

قلت : قد يرجح صاحب السفل بأنها من بيوته الظاهرة في العرف استقلال يد اختصاصه بها لتبعية الهواء للدار كاستقلال يد اختصاص صاحب العلو عرفا بالاعلى ـ و من ذلك يظهر لك ما في قول المصنف ﴿ ولو كان تحت الدرجة خزانة كانا في دعواها سواء ﴾ والفاضل في القواعد «ويقضى بالدرجة لصاحب العلو ويتساويان في الخزانة تحتها» إلى آخره ـ فيقضى بها بينهما بعد التحالف والنكول ، لان لكل واحد منهما شاهدا بملكها ، باعتبار أن يد الاختصاص لصاحب العلو يقضي بأن مكانها كذلك إذ الهواء كالقرار ، كما أن يد الاختصاص للاسفل تقضى بأن الهواء له أيضاً لانه تابع للقرار ،

لماعرفت من ظهور يد الاختصاص عرفاً بها لذي السفل المفروض كون البيوت له التي هي من جملتها في الحقيقة ، بل لعلّ كلامهم فيماتقدم - فيتقديم صاحب السفل لوكان النزاع في الجدار الاسفل - شاهد على ذلك ، وكأنه مال اليه في الحدائق ، وفيمحكي التذكرة احتماله ، واحتمال الاختصاص بذى العلو ، ولاريب في ضعفه .

نعم قديؤيد الاول بظهور التفاوت بينخزانة الدرج وغيرها من البيوت ،باعتبار كونها كالتابع له ، وصاحب اليدعليه ذويد عليها ايضاً ، و من ذلك مع تصرف صاحب الاسفل حكم المصنف و غيره بالتسوية بينهما ، بخلاف بيوت الاسفل ، بل هي غير التداعي بين صاحب الغرفة وبين من تحتها . فتأمل جيدا . . فانه لايخلو من مصادرة اللهم إلا أن يفرض اختلاف الهيأت في ذلك عرفاً هذا .

و قد يشكل كون الدرجة للعالي وكونهما سواء في دعوى الخزانة والفرض ان الدرجة من اجزائها ، و احتمال كون المراد تسويتهما فيما عداها - بقرينة ذكرهم الدرجة للعالي أولاً - يدفعها احتمال كون المراد بالاول حيث لاتكون خزانة .

ثم إن المتّجه للمصنف استحسان القرعة لو تنازعا فيسقفها كما ذكره فيسقف البيت ولعلّه لذا في اللمعة اختار القرعة في الاختلاف في الخزانة ، كما اختارها فيالاختلاف في سقف البيت ، و بالجملة كلامهم لايخلو من تشويش ، و قد يحتمل كون الدرجة للاعلى و إنكانت سقفا ، و الباقي للاسفل ، ولكن يقوى كونها كالسقف حيث يكون خزانة ، وقد عرفت أن يدهما معاً عليه بخلاف الارض والجدران .

و في الروضة « ما في اللمعة في القرعة في الخزانة لما ذكروه في السقف ، - ثم قال - : و يشكل أيضا الحكم في الدرجة مع اختلافهما في الخزانة ، لانه إذا قضى بالخزانة لهما ، أوحكمبهما للاسفل بوجه تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل ، لعين ما ذكر خصوصاً مع الحكم بهاللاسفل وحده ، فينبغي أن يجري فيها الخلاف ، ومرجحه » إلى آخره وربماكان فيهمنافاة في الجملة لما سمعته في المسالك فلاحظ و تأمل والله العالم .

﴿ ولو تداعيا الصحن ﴾ الذى وضعت المرقاة في صدره أى نهايته في السعة ،

وهو آخر خطته في الجهة المقابلة للباب ﴿قضي منه بما يسلك فيه إلى العلو بينهما﴾ مع التحالف و النكول ﴿و ما يخرج عنه لصاحب السفل﴾ لظهور يد صاحب العلو باعتبار افتقاره إلى السلوك في ملك مقدار الممر ، ويشاركه فيه للتصرف أيضاً صاحب السفل ، و يختص بغيره ، لكن في الدروس « و ربما أمكن الاشتراك في العرصة لأن صاحب الاعلى لايكلف المرور على خط مستو ، ولايمنع من وضع شيء فيها ، ولامن الجلوس قليلاً » و فيه : أن مثل هذا التسامح المعتاد لايقتضي اليد على تمام العرصة كما هو واضح - ثم قال - : ولو كان مرقاة في دهليزة فالاقرب أن لامشاركة للاسفل للعرصة ، إلّا أن نقول في السكّة المرفوعة باشتراك الفضلة بين الجميع ، و يؤيده أن العرصة يحيط بها الأعلى كما يحيط بها الأسفل ، ولوكان المرقاة في ظهره فاختصاص صاحب السفل بالعرصة أظهر » وفيه أيضاً : أن اشتراك الفضلة بعد أن لم يكن لأحد بالخصوص يدعليها - ولاترجيح، بل قدير تفق الجميع بها - لايقتضي الحكم بالاشتراك في الفرض بعد أن لم يكن لذي العلو تصرف في العرصة ، والاحاطة بمجردها ليست تصرفا ، والحكم بها للأسفل للتصرف ، وظهور كونها داراً لبيوته ، لاللاحاطة ،ولذا جزم في الروضة في الفرض بكون العرصة للأسفل كما أنه جزم في الاخير بأنها مع الدهليز للاخير والله العالم .

﴿ تتمة ﴾

﴿ إذا تنازع راكب الدابة و قابض لجامها ، قضي للراكب مع يمينه ﴾ وفاقا للمحكي عن المبسوط لظهور يد الاختصاص له عرفا ﴿ و قيل ﴾ والقائل الشيخ أيضاً في محكي الخلاف و ابن ادريس في محكي السرائر ﴿ هما سواء في الدعوى ﴾ لثبوت يد كلّ منهما عليهما و زيادة تصرف الراكب لم يثبت شرعاً كونه مرجّحا ، و تعريف المدعي و المنكر منطبق عليهما بتفسيراته ولذا كان ذلك خيرة ثاني المحققين والشهيدين ، ﴿و﴾ لكن قد يقال: إن ﴿ الأوّل أقوى ﴾ لما ذكرنا من ظهور العرف في كون يد الاختصاص له خصوصاً مع ملاحظة نظائرة باعتراف الخصم كتنازع لابس

الثوب و تمسكه و من له حمل على الدابة مع من في يده زمامها ، و غير ذلك ﴿ أما لو تنازعا ثوبا وفي يد أحدهما أكثره فهما سواء ﴾ لعدم اقتضاء الاكثرية عرفاً الاختصاص و ما وقع من بعضهم - من أنه كمسألة الراكب والقابض ، باعتبار أنّ كلا منهما زيادة تصرف لم يثبت كونها مرجحا ـ كما ترى .

﴿ و كذا لو تنازعا عبداً ولأحدهما عليه ثياب ﴾ مع فرض ثبوت يدهما عليه لأنه لامدخلية لزيادة الملك ، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكها أو بالعارية ، فهي حينئذ ليست يداً عرفا ، و من هنا يعلم أنه لوفرض أن لأحدهما خاصّة عليه يد ، و الآخر له ثياب عليه ، فالقول حينئذ قول صاحب اليد ، كما أنه لو لم يكن لأحدهما خاصة عليه يد إلّا الثياب لأحدهما ، يكون بينهما أيضاً ، لما عرفت من عدم كون الثياب يدا لصاحبها .

﴿ أما لو تداعيا جملاً ولأحدهما عليه حمل ﴾ وليس للآخر عليه يد ﴿ كان الترجيح لدعواه ﴾ قطعاً ضرورة ظهور وجود الحمل عليه في يد الاسقلال به ، بل قد يقال بكونه كذلك لو فرض أن للآخر يداً عليه ، بقبض الزمام باعتبار ظهور يد الأختصاص في الحمل كالراكب و القابض فضلاً عما لو كانا معاً قابضين ، ولأحدهما خاصة الحمل ، وعن الدروس أنه جعل حكم الراكب ولابس الثوب وذى الحمل سواء وفي المسالك «هو كذلك» ، أي في اتحاد الحكم فيها أجمع ، وإن كان هو عنده الاشتراك ، وعند غيره الاختصاص ، وقد عرفت تحقيق الحال في ذلك .

﴿ ولو تداعيا غرفة على بيت أحدهما ، وبابها إلى غرفة الآخر ، كان الرجحان لدعوى صاحب البيت ﴾ قطعاً لكونها في ملكه الذي هو هواء بيته التابع لقراره ، ومجرد فتح الباب إلى الغير لايفيد يداً عرفا .

نعم لو فرض كونه مع ذلك متصرّفا فيها بسكنى و غيره ، أمكن تقديمه حينئذ على صاحب البيت ، باعتبار أن يده حينئذ فعليّة و يد صاحب البيت تبعيّة ، والفعلية أقوى و أولى ، مع أنه في المسالك احتمل التساوي أيضاً قال : « لثبوت اليد

من الجانبين في الجملة ، وعدم تأثير قوّة اليد كما سلف » و في قواعد الفاضل و مع التصرّف اشكال ، و إن كان لايخفى عليك ما فيه .

نعم قد يشكل ذلك بمنافاته للحكم بشركة الخزانة تحت الدرج ، مع أنّ يد صاحبه عليها تبعية ، ويد المتصرف بها فعليّة ، فلتقدم حينئذ عليها كما ذكرناه سابقا إذ لافرق في التّبعية بين أن يكون منشؤها لحوق السفل بالعلو ، أو بالعكس فإن من ملك قراراً ملك هواه ، ومن ملك شيئاً ولو هواء ملك قراره ، و الدرج كذلك والله العالم .



﴿ كتاب الشركة ﴾

بكسر الشين مع اسكان الراء وبفتحها مع كسرها ، بل واسكانها ﴿ والنظر ﴾ فيه يقع ﴿ في فصول ﴾ .

﴿ الاول : في اقسامها ﴾ ولكن ينبغي أن يعلم أولاً أن ماهية ﴿ الشركة ﴾ لغة على ما قيل : الاختلاط والامتزاج شيوعاً أو مجاورة ، وشرعاً ﴿ اجتماع حقوق الملاّك ، في الشيء الواحد على سبيل الشياع ﴾ فالاوّل بمنزلة الجنس الشامل للاجتماع مع التمييز في مكان واحد ، والثاني بمنزلة الفصل ، فإن المنساق منه الواحد بالشخص لا الواحد بالجنس ولا النوع ولا الصنف . وحينئذ فلاشركة مع تعدد الشخص ، نعم المراد بالواحد ، فيما هو متعلق الشركة ، وإن تعدد ، لصدق الاجتماع بالمعنى المذكور في كل فرد من أفراد المتعدد .

و في جامع المقاصد و المسالك أن قيد الشياع لإخراج اجتماع حقوق الملاك في الشيء الواحد المركب من اجزاء متعددة كالبيت مثلا اذا كان خشبه لواحد ، و حائطه لآخر ، وأرضه لثالث ، فإنه لاشركة لعدم الشياع ، وان صدق اجتماع حقوقهم في الشيء الواحد و فيه : عدم صدق كونه واحداً بالشخص ، إذ هو مجموع أشخاص .

و عن الشهيد في المحكي عن حواشيه أنه لإخراج اجتماعها في الشيء الواحد بالشخص على البدل ، كمستحقّ الزكاة والخمس ، والمجتمعين على مسجد أو على معدن أو مباح يتعذر فيه الاجتماع ، فإن ذلك اجتماع لا على سبيل الشياع ، قال : « فإن قيل : يخرج هذه بقوله « الملاّك » قلنا: الملك المراد به الاستحقاق ، حذرا من المجاز والاشتراك » .

وأشكله في جامع المقاصد بأن الملك أخصّ من الاستحقاق مطلقا ، فلو حمل على

معناه الخاص المتعارف ، لخرجت هذه الاقسام بالقيد المذكور ، وخرج بقيد الشياع ما تقدم سابقا ـ الى أن قال ـ وفي التعريف نظر لانتقاضه بالشركة في القصاص وحد القذف والخيار والرهن والشفعة ونحو ذلك ، فإنه ليس هناك ملك حقيقي ، فلا مالك حقيقة ، وقد صرّحوا بأن هذا أحد اقسام الشركة الثلاثة » .

و كأنه تصدى الى دفع جميع ذلك في المسالك فقال : « ويمكن أن يكون إنما حاول بحمل الملك على الاستحقاق الذي هو أعم منه ادخال الشركة في الخيار ونحوه مما لاملك فيه ، فإنه محض استحقاق ، فلو حمل الملك على معناه الخاص ، لانتقض التعريف في عكسه إن اريد به المعنى الخاص ، ولو جعل مشتركا بينه وبين الاستحقاق أو مجازا في الاستحقاق ، لزم الاشتراك و المجاز فحمله على معنى الاستحقاق العام يدخل الاقسام ، ويسلم من محذور المجاز والاشتراك كما ذكر .

لكن فيه: أن اطلاق الخاص وإرادة العام مجاز غيرشايع ، يجب صون التعريف عن مثله ، و قد يجاب عنه بأن اطلاق الملك على الاستحقاق ليس بمجاز ، بل معناه يتبادر من قولك فلان يملك الشفعة على فلان ويملك الحدّ ونحوه ، أوأنه مجازشايع وإن كان مطلق اطلاق الخاص على العام ليسَ شايعا ، والعبرة في رخصة التعريف إنما هو بالفرد المحتاج إلى استعماله ، لابنوع ذلك الفرد ، وهذا هو الظاهر هنا .

و ينبه عليه أن المصنف بلافصل ذكر حكم الاشتراك في الحق المذكور فليس بغافل عن دخوله في التعريف وحينئذ فالمستعمل هنا إما المجاز المنصوب على إرادته قرينة ، أو المشترك اشتراكا معنويا إن جعل ذلك الاستحقاق من أفراد الملك حقيقة ، والاشتراك المعنوي لايضرّ دخوله في التعريف ، ولو أبدل الملك في التعريف بالاستحقاق لسلم من ذلك كله .

قلت : ولعلّه لذا عرّفها في الاسعاد شرح الارشاد من كتب العامّة بأنها ثبوت الحق في الشيء الواحد لمتعدد ، ولكن قد يقال : بعد الاغضاء عمّا في قوله ينبغي إلى آخره ، أن الشركة في الحقوق وإن دخلت في التعريف ولوعلى إرادة الاستحقاق من الملك ، لكن قد ينافي ذلك قيد الشياع فيه ، فإنه لاشياع في استحقاق كل منهما

الثابت له ، فلامحيص حينئذ عن اختصاص التعريف بشركة المال ، أو ارتكاب التجوز في الإشاعة على وجه يشمل ذلك .

ثم إنه لاريب في ملك الفقراء للزكاة والسادة الخمس ، والمسلمين الارض المفتوحة عنوة ، إلّا أنه ملك جنس لاتعدد فيه ، كي يصدق معه اجتماع حقوق الملاك ، والافراد من حيث الشخص لاملك لأحد منها ، كما أن الاشياء المباحة من معدن و نحوه هي بين الناس على حدّ سواء ، بمعنى أن لكل واحد حيازتها ، والسابق منهم احق من غيره و مع تعدّد السابق يقرع ، وكذا المسجد و الوقف العام ، و إن كان ربما يفرّق بينهما ، إلاّ أنه على كل حال لاشركة فيها من حيث الملك ، ولا من حيث الحقّ على سبيل الشركة في الأموال والحقوق ، والأمر في هذا كله سهل .

إنما الكلام في ملك الكلي في الصبرة مثلاً كالصاع منها ، وكملك مأة في الثلث بالوصية و نحو ذلك ، بناء على عدم تنزيله على الاشاعة مما لااشكال في صدق الشركة معه ، ولااشاعة ، أللهم الاأن يرادمنها عدم التعيين ، لاخصوص الثلث والربع ونحوهما .

وكيف كان ففي المسالك تبعا لجامع المقاصد « أن للشركة معنيين ، بل في أولهما شرعيين ، أحدهما ما ذكره المصنف ، ولكنه معناً من المعاني دخوله في باب الاحكام أولى ، ضرورة حصول الاجتماع المزبور بعقد وغيره ، بل بغيره اكثر ، حتى لو تعدّى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهراً بحيث لايتميّزان تحقّقت الشركة بالمعنى المزبور به ، وثانيهما عقد ثمرته جواز تصرف الملاك للشيء الواحد على سبيل الشياع فيه ، ولايدخل فيه المستحقون للإرث ونحوه ، وهذا هو المعنى الذي به تندرج الشركة في جملة العقود ، ويلحقها الحكم بالصحّة والبطلان ، واليه يشير المصنف فيما بعد بقوله قيل : تبطل الشركة ، أعني الشرط والتصرف ، وقيل : يصحّ ، ولقد كان على المصنف أن يقدم تعريفها على ما ذكره ، لأنها المقصود بالذات هنا ، أو ينبّه عليهما معاً على وجه يزيل الإلتباس عن حقيقتهما و أحكامهما ، و في القواعد وغيرها كفاية اشتركنا في العقد المزبور .

لكن في الحدائق « لايخفى على من تأمل الأخبار عدم معنى للشركة إلاّ الأوّل

الذي ذكره المصنف ، و الفاضل ، و الشهيد في اللمعة ، و أما المعنى الثاني فلايشم له رائحة منها » - إلى أن قال - بعد أن حكى عن بعضهم أنها عقد جائز : « لاعقد هنا بالكلية، ولاعاقد ، وإنما الشركة اجتماع الأموال على الوجه المذكور ، فلامعنى لوصفه بالجواز نعم البقاء على حكمها أمر جائز ، بمعنى أنه لايجب عليه الصبر على الشركة بل يجوز رفعها و أخذ حصته ، و بعد هذا الاجتماع لايصح لأحد الشركاء التصرف فيها إلا باذن الباقين ، المدلول عليها باللفظ الصريح ،أو الظاهر أو غيره من القرائن كغير المقام مما يعتبر فيه الاذن » .

قلت : قد يؤيد ذلك أيضا ظاهر كلام المصنف واللمعة و غيرهما مما لم يتعرض فيها لكونها عقداً ، بل في جامع المقاصد عن فخر المحققين و أول الشهيدين تنزيل قول الفاضل - « وقيل: تبطل إلا أن يشترط الزيادة للعامل» - على إرادة بطلان الاذن ، لاعقد الشركة، ورد ذلك كله في الرياض تبعا لجامع المقاصد وغيره بالاجماع، وبأن الأصل حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه ، فيقتصر فيها على القدر المتيقن ، وهو مادل عليها صريحاً من الجانبين كما نبه عليه في التذكرة، وعليه يصح إطلاق العقد عليه وأما الاكتفاء فيها بمجرد القرائن الدالة عليها والألفاظ الغير الصريحة فيها فلا دليل عليه ،وعلى فرض وجوده كما يدعى من ظاهر النصوص مع عدم دلالته عليه اصلاً فلاريب في مغايرة هذا المعنى للأول أيضاً ، لحصول الأول بامتزاج المالين قهراً من دون رضا المتشاركين وهو غير الامتزاج مع الرضا به ، وبالتصرف في المالين مطلقا أو مقيداً على حسب ما يشترطانه ، فانكاره رأساً فاسد جداً ، ولاينافي التغاير دخول الثاني في الأول دخول الخاص في العام ، فإنه من أفراده ، لمغايرتهما في الجملة قطعاً ، و هو كاف في إفراد الخاص عن العام في الاطلاق إلى غير ذلك من الكلمات ، خصوصا التذكرة و خصوصاً ما في بعض كتب العامة إلا أنها جميعها من غرائب الكلام .

أما ما في الحدائق من إنكار عقد الشركة رأساً فهو واضح الفساد ، بل يمكن دعوى اجماع الخاصة والعامة على خلافه ، كما أن دعوى كون عقدها مادل على جواز التصرف من كل منهما ، أو من أحدهما واضح الفساد أيضاً ، ضرورة عدم مدخلية

ذلك في الشركة بوجه من الوجوه ، بل هو داخل في قسم الوكالة ، وقد اعترف به في التذكرة ، قال فيها: «الشركة قدتقع بالاختيار ، وقد تقع بالاجبار ، وكلامنا في الأولى وهي قد تحصل بمزج المالين بالاختيار من غير لفظ ، فلو امتزج المالان برضاهما حصل الشركة الاختيارية ، و إن لم يكن هنا لفظ ، وأمّا التصرف فالإذن فيه و المنع منه فذاك حكم زائد على مفهوم الشركة » .

و من ذلك و غيره يعلم التشويش في كلامه وكلام غيره أيضاً ، فكان السبب الذي أوقعهم في الوهم هو دعوى حصول الشركة بالمزج القهري ، فمع فرض اعتبار الإمتزاج في شركة العنان لم يكن معنى لعقدها حينئذ ، ضرورة حصولها بالمزج المزبور ، المفيد لذلك مع القهر ، وعدم القصد به اليها ، فضلا عما لو قصدت به اختياراً ، فلم يكن حينئذ معنى لعقدها إلا جواز التصرف ، خصوصاً مع ملاحظة الشركة الاكتسابية التي هي من أقسام التجارة المبنية على العمل ، من الشريكين ، أو من أحدهما التي قد وردت النصوص بها ، وفيمن ينبغي أن يشارك و أن لا يشارك ، وغير ذلك من أحكامها ، ولعلّه لذا اكتفوا في صيغتها بقول اشتركنا ، باعتبار امتناع أن يراد بانشائه حصولها بدون مزج ، ولا المزج الذي لا يحصل باللفظ ، فتعين أن يكون معناه جواز التصرف ، وإلا لم يكن له معنى أصلا كما صرّح بذلك في جامع المقاصد ، إلا أنه لا يخفى عليك ما في ذلك ، إذ لا دلالة في قول اشتركنا على الاذن بوجه من الوجوه ، كما أنه لا حاجة في حصول الإذن منهما أو من أحدهما إلى عقد وليس من مقوّمات الشركة حصولها ، إذ يمكن اشتراكهما في المال مع الإذن في العمل لثالث ، بل يمكن إرادة الشركة من دون عمل أصلا ، لغرض من الاغراض .

فالتحقيق أن يقال حينئذ بعد الاجماع على كونها عقداً : أن قول اشتركنا لانشاء تحقيقها وصيرورة كلّ من المالين بينهما على الاشاعة ، إلا أنه يشترط في صحّة ذلك تحقق المزج بعده إن لم يكن ، فهو حينئذ شرط كاشف أو ناقل ، نحو القبض في الوقف ، أو أنه جزء السبب ، و متى حصل مزج بقصد إنشاء الشركة من دون قول تحققت ، و كانت كالمعاطاة ، بناء على جريانها فيها ، و إن كان التحقيق خلافه ، سيّما مع

عدم فرق حينئذ بينها وبين العقد إلا على احتمال الكشف ، أما المزج القهري والمجرد عن قصد إرادة انشاء الشركة فلايترتب عليه ملك كل منهما الحصة المشاعة في نفس الأمر وإنما يفيد الاشتباه في كل من أجزاء المال ، إلا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه بينهما من الصلح القهري الذي قد تقدم نظائره ، فالفرق حينئذ بين المزج القهري والمزج الانشائي هو ماذكرناه ، فله حينئذ ايقاع عقد الشركة بعد وقوعه ، كي يتبدل الملك ظاهراً بالملك واقعا ، بل لو سلّم افادة المزج القهري الملك في الواقع على نحو المزج الاختياري كما هو ظاهر كلمات الأصحاب أمكن أن يقال حينئذ أنه لامانع من صيرورته جزء سبب مثلا ، إذا جيء به لا تمام عقد الشركة مثلا ، بل و من صيرورته سبباً تاماً في ذلك إذا قصد الانشاء به في المعاطاة ، و من اتفاق حصول الشركة بهقهرا فانه لاتنافي حينئذ بينهما ، ويكفي في العقد تحققه به ، لا أنه لاتقع الشركة بغيره ، لكن الانصاف عدم خلو ذلك من نظر بل منع .

و على كل حال بذلك يظهر لك ما في جميع كلماتهم من التشويش والاضطراب خصوصاً التذكرة وجامع المقاصد ، والمسالك ، والرياض ، وغيرها التي لايخفى عليك حالها بعد الاحاطة بما ذكرناه ، فضلا عما يظهر من المحكي عن ابن الجنيد في المختلف من تحقق الشركة بالقول مع الافتراق من دون مزج ، قال: «لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ماتلف من مال صاحبه ، وإن كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعا» وهو كما ترى ، ومن هنا قال في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه: «والأجود أن لاشركة إلا بالامتزاج، والتلف قبله من صاحبه» ومراده في محل الفرض فتأمل، وربما يجيء لذلك أيضا زيادة تحقيق في مطاوي البحث .

﴿ ثم ﴾ المال ﴿المشترك قد يكون عينا ﴾ كما هو ظاهر ﴿وقد يكون منفعة﴾ بالاجارة والجنس والسكنى قيل: والوقف ، وفيه أنه إن كان على محصورين فالاشتراك بالعين والا فلااشتراك بل هو حينئذ نحو ما عرفته في حق الزكاة والخمس ، و الطرق العامة ، و الطرق النافذة ، ﴿ و قد يكون حقا ﴾ كالخيار و الشفعة الموروثين مثلا والقصاص وغيرها .

﴿و﴾ أما ﴿سبب الشركة﴾ في الثلاثة ف﴿قد يكون ارثا﴾ كما إذا ورثا مالا أو منفعة أو حقا ﴿و قد يكون عقداً﴾ في الثلاثة أيضاً كما لو اشتريا داراً أو استاجراها أو صالحا عن حق تحجير مثلا ، ﴿و قد يكون مزجا﴾ في العين كما هو واضح ، بل والمنفعة فيما لو فرض استيجارهما دراهم للتزين مثلا ، بناءً على جوازه لكل دراهم مخصوصة ، ثم مزجاهما بإرادة الاشتراك في المنفعة فيتحقق حينئذ اشتراكهما في المنفعة وقد يشكل ذلك بأصالة عدمها ، و إنما هو من الاشتباه لا المزج المعتبر في تحقق الشركة فتأمل .

﴿وقد يكون حيازة﴾ بناءً على تحققها بشركة الأبدان كما عن الإسكافي أو على فرض نية كل منهما ، بأنّ ما يحوزه له ولشريكه الموكل له على ذلك ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك، ﴿و﴾ لكن ﴿الأشبه﴾ عند المصنف بأصول المذهب و قواعده ﴿في الحيازة ، اختصاص كل واحد بما حازه﴾ لأصالة عدم دخوله في ملك الغير حتى مع النية ، لعدم ثبوت قبول مثله النيابة ، فضلا عما إذا لم ينو ، فانه لا وجه له الا على جواز شركة الأبدان المعلوم بطلانها عندنا .

و من ذلك يعلم ما في المسالك « من أنه ينبغي أن يستثنى من ذلك ما لو كان عمل كل بنية الوكالة لصاحبه في تملك نصف ما يحوزه ، فإنه حينئذ يتوجه الاشتراك لأن ذلك مما يقبل النيابة » إذ قد عرفت الملك بذلك ايضاً عند المصنف .

﴿نعم لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماءً دفعة﴾ بآنية واحدة أو اشتركا في نصب حبالة الصيد المشترك ورمي السهم المثبت له ﴿تحققت الشركة﴾ حينئذ في الجملة قطعا ، و في المسالك « لكن يكون لكل واحد من المحاز بنسبة عمله ، ويختلف ذلك بالقوة والضعف ، ولو اشتبه مقدار كل واحد فطريق التخلص بالصلح ، أو تمليك كل واحد ما بقي له عند الاخر ، بناءً على جواز هبة المجهول » .

قلت : أو يحكم بالنصف لاصالة عدم زيادة أحدهما على الاخر ، بل قد يحتمل كونه كذلك مع اختلافهما في القوة والضعف لصدق اتحاد فعلهما في السببية ، و

اندراجهما في قوله[1] «من حاز ملك» ولعدم الدليل على اقتضاء ذلك التفاوت في المحاز، و إن كان هو منافياً للاعتبار العقلي الذي لا يرجع الى دليل معتبر شرعاً فتأمل جيداً والله العالم.

﴿ و كل مالين مزج أحدهما بالاخر بحيث لايتميزان ، تحققت فيهما الشركة اختيارا كان المزج اواتفاقا ﴾ مقصودا به الشركة أولا ، بلاخلاف اجده فيه ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه .

و في دعائم الاسلام[2] « روينا عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله أجاز الشركة في الرباع والارضين وأشرك رسول الله صلى الله عليه وآله عليا عليه السلام في هديه ، و إذا أراد رجلان أن يشتركا في الاموال ، فأخرج كل منهما مالا مثل مال صاحبه دنانير أو دراهم ثم خلطا ذلك حتى يصير مالا واحداً لايتميز بعضها عن بعض على أن يبيعا و يشتريا مارأياه من انواع التجارات فما كان في ذلك من فضل كان بينهما ، وماكان من وضيعة كان عليهما بالسواء . فهذه شركة صحيحة لااختلاف علمناه فيها وليس لاحدهما أن يبيع ويشتري الامع صاحبه ، الا أن يجعل له ذلك» و إن كان يحتمل بل هو الظاهر أن قوله « واذا » الى آخره من مصنفها ، لافيمارواه عن جعفر بن محمد عليه السلام ، إلا أنه على كل حال فيه شهادة على المزج في الجملة .

لكن قد عرفت سابقا الفرق بين المزج الاختيارى المقصود فيه الشركة و غيره بالملك مشاعا في نفس الامر في الاوّل ، بخلاف الثاني وإن عومل معاملته في الاحكام إلا أنه لوفرض اتفاق العلم ببعضه لاحدهما لم يكن للاخر شركة فيه ، بل لوفرض بقاء ما ليس هو إلا لاحدهما امكن حينئذ اتيان القرعة عند القائل بها في مثله ، و قسمته بينهما من الصلح القهري عند غيره ، على نحو ماسمعته في نظائره في كتاب الصلح والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فلاخلاف في أنه ﴿ يثبت ذلك في المالين المتماثلين في

---

(١) لم نعثر بهذا اللفظ في أحاديث الخاصة ولا العامة .

(٢) الدعائم ج ٢ ص ٨٥ فصل الشركة .

الجنس والصفة ﴾ أي بالمزج الرافع للامتياز بينهما الذي قد عرفت سببيته للشركة فلو تخلف أحدهما تحقق الامتياز المنافي للشركة ، فلا يكفي حينئذ مزج الحنطة بالشعير ولا الدخن [١] بالسمسم ، و إن عسر التخلص ، والدراهم بالدنانير ، بل ولا الحنطة الحمراء بالبيضاء ، و الصغيرة الحبّ بالكبيرة و الدراهم الصحيحة بغيرها ، و نحو ذلك مما لم يرتفع التمييز فيها بـالمزج الـذي هو سبب الشركة اذا كان على الوجه المزبور .

﴿ سواء كانا ﴾ أي المالان ﴿ أثمانا ﴾ أي ذهباً و فضة ﴿ أوعروضا ﴾ كالأدهان وغيرها من المايعات بل والحنطة والشعير و الذرة و السمسم و نحوها خلافا للمحكي عن الشيخ في المبسوط فمنع من الشركة في العروض إلا في المكيل والموزون و ما عن الاسكافي من إطلاق عدم صحة الشركة إذا كان لكل واحد منهما مبتاع ، إلا ان يتعاوضا بمتاعيهما فيبيع هذا نصف متاعه بنصف متاع هذا ، و ان كان يمكن تنزيل كلام الأخير منهما على ما لا يحصل معه الإمتزاج الرافع للامتياز .

ثم المراد من عدم التمييز كونه في الظاهر كذلك لا في نفس الأمر ، فإنّ الأجسام لا تتداخل في المايعات ، فضلا عن غيرها لكن في الرياض بعد ان اعترف بأنه المستفاد من كلمات الأصحاب سيما معقد إجماع التذكرة قال : « و هو مناف لما ذكروه في التعريف من أنها اجتماع حقوق على الإشاعة ، فإن الظاهر منها حيث تطلق أن لا يفرض جزء إلا وفيه حقّ لهما وبه صرّح الفاضل المقداد في شرح الكتاب ، بل صرّح فيه بعدم حصول الشركة بمزج الحنطة و الذرة و الدخن و السمسم و نحوها بمثلها ، بل حصرها في مثل الادقة و الأدهان بمثلها و لكن الظاهر عدم استقامة ما ذكر على طريقة الأصحاب ، لاتفاقهم في الظاهر على عدم اشتراط عدم التمييز النفس الأمري مع أنّ اشتراطه في نحو الأثمان مخالف لطريقة المسلمين في الأعصار و الأمصار ، لانهم لا يزالوان يتشاركون فيها من زمن النبي صلى الله عليه وآله إلى زماننا هذا من غير نكير

---

(١) (الدخن) كقفل : حب صغير املس جداً . ــ اقرب الموارد ــ .

في صقع من الاصقاع ، و عصر من الأعصار ، فكان إجماعاً ، و قد نبه عليه في التذكرة بقي الكلام في التوفيق بين التعريف وماهنا ، و الخطب سهل بعد الإجماع على ماهنا، لعدم الدليل على ما في التعريف من اعتبار الإشاعة بالمعنى المتقدم ، مع احتمال إرادتهم منها هناك عدم التمييز المطلق» .

قلت : و فيه أولاً : أن عدم التمييز في نفس الأمر لا يتم في الأدهان ، ولا في غيرها كما سمعت .

و ثانيا : أن التعريف للشركة الشرعية الموجبة للملك على الاشاعة التي قد ذكروا أسبابها بعد تعريفها ، ولاريب في أن المراد منها المعنى الأول ، لاعدم التمييز كما هو واضح لا يشتبه على من له أدنى تحصيل ، و ما حكاه في التنقيح لم أجده فيما حضرني من نسخته قال : و الفائدة الثانية الشركة أمر حادث و كل حادث لا بد له من سبب و السبب هنا قد يكون إرثا ، و قد يكون حيازة كما لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء بآنية وقد يكون مزجاً كما إذا مزجت الأجزاء المتساوية المصغرة بحيث لا يمتاز جزء عن جزء كالأدقة و الادهان ، لا كالحنطة و الذرة و الدخن و السمسم، و الدراهم الجدد و العتق ، ثم قال : الفائدة الثالثة : إنما قيد الاجتماع على وجه الشياع ، احترازاً عن اجتماع لا يحصل فيه ذلك و المراد فيه بالشياع أن لا يفرض جزء الا وفيه حق لهما .

و هو كماترى أجنبي عماحكاه عنه، ضرورة كون مراده عدم تحققها مع التمييز، كمزج الحنطة بالذرة ، و الدخن بالسمسم، والدراهم الجديدة بالعتيقة ، ولذا أفردها و جمع الأدهان و الأدقة ، لا بأمثالها التي من ضرورة المذهب تحقق الشركة فيها بالإمتزاج و أما ما ذكره من تفسير الشياع فهو في محله ، لا أنه يريد تماميته في مثل الدقيق دون غيره كما هوواضح بأدنى تأمل ، خصوصاً مع ملاحظة كونه أجل من أن يقع في هذا الوهم الذي لا ينبغي جوازه على أصاغر الطلبة .

إنما الكلام في اعتبار المثلية إذا كانت بالمزج فيها كما هو ظاهر المصنف بل قيل : هو صريح قوله « أما مالا مثل له ، كالثوب و الخشب و العبد فلا تتحقق فيه

بالمزج ، بل قد تحصل بالإرث أو أحد العقود الناقلة كالابتياع والاستيهاب » ولعلّه لأصالة بقاء كل على ملك مالكه ، المقتصر في الخروج عنها على المتيقن الذي هو المزج في المثليات دون غيرها ، لكن في الرياض بعد أن حكى ذلك عن المصنف هنا قال: « وفاقاً للمبسوط و الاسكافي ، إلاّ أنه أطلق ، ولكن معلوم النسب لايقدح خروجه بالاجماع ، و مع ذلك يضعف بتحقق المزج على الوجه المتقدم في كثير منها ، كالثياب المتعددة المتقاربة الاوصاف ، و الخشب كذلك ، و نحوهما ، فيتحقق الشركة ، فإنّ ضابطها حصول المزج مع عدم الامتياز ، ولاخصوصية للقيمي والمثلي في ذلك وقد حصل». ولايخفى عليك ما في الثاني من المصادرة الواضحة .

نعم لوكان في الأدلة ما يقتضي إطلاق تحققها بالمزج الرافع للامتياز ، إتجه حينئذ الاستدلال بإطلاقه ، ولكن لم نعثر على ذلك ، أللهم إلاّ أن يستدل بإطلاق « اوفوا بالعقود » [1] المقتضي لتحققها في جميع افراد الشك ، أو باطلاق معقد دعوى الاجماع على ذلك إلّا أنا لم نتحققه .

نعم في التذكرة وأما العروض فعندنا تجوز الشركة فيها مع الشرط المذكور ، أي المزج الرافع للامتياز ، سواء كانت من ذوات الأمثال ، أو من ذوات القيمة ، وهو ليس اجماعاً صريحاً ، مع أنك قد سمعت ما حكاه عن الشيخ والاسكافي ، و إن كان قد سمعت كلامهما سابقا ، ولو سلّم الإجماع على ذلك فليس في كلام المصنف صراحة فيما ينافيه ، خصوصاً بعد قوله سابقا «وكل مالين مزج أحدهما بالآخر» إلى آخره الشامل للقيمي والمثلي ، بل قوله أيضاً « و تثبت في المالين المتماثلين في الجنس والصفة كذلك » أيضاً ضرورة صدق ذلك على القيميات ، لكن قوله «أما مالامثل له» إلى آخره قد يظهر منه ذلك ، إلاّ انه من المحتمل إرادته عدم تحققها بالثوب والخشب والعبد، باعتبار عدم المزج فيها الرافع للامتياز ، فهو حينئذ لبيان ما احترز به من اعتبار المزج الرافع للامتياز، على أن مثل هذه لايتحقق فيها الشركة بمزجها باعتبار عدم

(١) سورة المائدة الايه - ١ .

ارتفاع الامتياز بمزجها كما هوواضح . وربما يومي اليه افراد الثوب والعبد اذلوكان المراد الثوب في الثياب والعبد في العبيد و الخشب في الاخشاب لناسب التعبير بالجمع.

نعم قديقال: إن المتيقن من الفتاوى ومعاقد الاجماعات في سبب الشركة المزجية هو ما يتحقق فيها صدق المزج الرافع للامتياز بسببه ، فمتى لم يحصل صدق المزج، كالدور والبساتين والعبد في العبد والجمل في الجمل والفرس في الفرس ونحو ذلك ، لم تتحقق الشركة المزجية ، اذهو من الاشتباه ـ لا الامتزاج ـ الشبيه بالتداخل عرفا كما في المايعات و ذوات الاجزاء الصغيرة من الحبوب و نحوها مع فرض الكثرة من الجانبين ، و بالجملة المدار في حصولها على ذلك من غير فرق بين المثلي والقيمي ، كالمصوغات الصغيرة مثل حب الذهب ونحوه ، ضرورة صدق امتزاجها على وجه يرتفع الامتياز بينها ، بل إن لم يقم اجماع أمكن القول بتحقق الشركة بامتزاج الشخصين المتحدين في الاوصاف الخارجية ، و ان كانا من جنسين كالقرمز مع بعض الأصباغ المساوية له في اللون ، والعسل وبعض افراد الدّبس ونحو ذلك .

واعتبار بعض اتحاد الجنس والوصف انما هو للاحتراز عما لايرتفع بالامتزاج امتيازه من مختلفهما ، بخلاف محلّ الفرض ، اللهم إلّا أن يقال : إن ذلك من متعسر التخلص بالامتزاج ، كالدهن مع الدبس مثلا ، لانما رفع امتزاجه امتيازه ، و صيره كالمال المتحد باعتبار اتحاده معه في الجنس والصفة ، مع أنه ايضاً كما ترى للنظر فيه مجال . بل قد يقال بتحققها في متعذر التخلص ايضاً كل على نسبة قيمة ماله كما في المثليات والقيميات الممتزجة المفروض اختلاف قيمتها على معنى صيرورة ذلك المال مشتركا بينهما على نسبة قيمة مالهما ، لأن المشترك بينهما قيمتهما الوهمية دونهما .

و بالجملة كلامهم في ذلك غير منقح ، و قد عرفت ما تقتضيه الأصول ﴿ و ﴾ القواعد في محالّ الشك .

كما أنه غير خفي عليك فيما ﴿ لو أراد الشركة فيما لامثل له ﴾ وغيره مما لاتتحقق فيه بالامتزاج لعدم ارتفاع امتيازه به ، ﴿ باع كل واحد منهما حصته مما في يده ، بحصته مما في يد الآخر ﴾ أو وهب كل منهما كذلك ، أو باعها بثمن اشترى

الآخرى به منه، أو غير ذلك، بل قد يستفاد من النصوص تحققها في مال اشترى بثمن معيّن مثلا بقول «شركتك فيه» على معنى ارادة نقل نصفه مثلا اليه بنصف الثمن، و بقول «الربح بيني وبينك» فيه، ونحو ذلك.

قال محمد بن مسلم في الموثق: [1] «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرّجل يشترى الدّابة وليس عنده نقدها، فاتى رجلا من أصحابه، فقال: يافلان انقد عني ثمن هذه الدّابة والربح بيني وبينك، فنقد عنه فنفقت الدّابة، قال: ثمنها عليهما، لأنّه لو كان ربحا لكان بينهما» ونحوه غيره، والله العالم.

﴿ولاتصح الشركة بالاعمال كالخياطة والنساجة﴾ بلاخلاف معتد به أجدفيه بيننا، بل الاجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر من غير فرق بين اتحاد عملهما واختلافه، ولا بين كون العمل في مال مملوك، أو تحصيل مباح من حطب وحشيش ونحوهما، للاصل السالم عن معارضته [2] «أوفوا بالعقود»، بعدما عرفت، والتراضي بمالم يثبت شرعيته غير مجد، والمراد بالتجارة عنه ما ثبتت التكسب به شرعاً.

و ما يحكى [3] «من شركة سعد بن ابى وقاص، و عبدالله بن مسعود، وعمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين ولم يأتيا بشيء فأقرهم النبي صلى الله عليه وآله و شركهم جميعاً» غير ثابت، مع إمكان أن يكون ذلك يوم بدر الذي غنائمه على ما صرّح في التذكرة - للنبي صلى الله عليه وآله، فيمكن أن يكون ذلك منه هبة لهم، بل يمكن غير ذلك ايضاً.

ومن هنا اتفق أهل الحق على عدم الشركة بذلك عدا ما يحكى عن ابن جنيد منهم مع أن المحكي عنه في المختلف انه قال: «لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا ويبيعا بوجوههما جاز ذلك، ولواشترك رجلان فكان من عند أحدهمابذر

---

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب احكام الشركه الحديث -٢-.

(٢) سورة المائدة الآية - ١ .

(٣) سنن البيهقى ج ٦ ص ٧٩ .

و بقر ، و على الاخر العمل والخراج كانت الشركة جائزة بينهما ولو اشترك رجلان على أن يعملا عملا لكل واحد منهما فيه عمل منفردا ، و أن تكون أيديهما جميعاً في العمل و تقسم الأجرة بينهما لم أجز ذلك ، لأن الاجرة عوض عن عمل فاذا لم يتميز مقدار عمل كل واحد منهما لم آمن أن يلحق أحدهما غبن أو أن يأخذ ما لا يستحقه ، وإن تشاركا الفضل وتحالا ، أو تضمّن أحدهما بالعمل ثم قسمه على الاخر من غير شركة جاز ذلك» .

و هو كما ترى صريح في عدم الجواز ، لكن في المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال : « و الوجه البطلان ، لنا اجماع الفرقة و خلاف ابن الجنيد غير معتدّ به لانقراضه بحصول الإتفاق بعده ، و لأن الأصل عدم الشركة و بقاء حق كل واحد عليه ، ولانه غرر عظيم ، و لأن الشركة عقد شرعي ، فيقف على الاذن فيه ، و يمكن أن يريد ما ذكره أولا من شركة الوجوه ، ولكن قد يقال : إنه يمكن صحّة ماذكره بالتوكيل من كل منهما على الإبتياع و البيع ، كما أن ما ذكره ثانيا يمكن كونه من باب المزارعة ، و حينئذ فلا يكون خلاف منه ، بل تتفق كلمة اهل الحق على البطلان ، وإن اشتهر نقل ذلك عنه ، بل المعروف في الحكاية عن الشافعي موافقته على ذلك ، و إنما المخالف أبو حنيفة ، ومالك ، و ابن حنبل على اختلاف فيما بينهم ايضاً في تعيين الجائز من ذلك ، و حيث كان الجميع عندنا باطلا ، لم تكن ثم فائدة يعتدّ بها في التعرض الى ذلك ، و حينئذ فيختص كل منهما بما اكتسبه ، ولا يشاركه الآخر فيه ﴿ نعم ، لو عملا معاً لواحد ﴾ مثلا ﴿ بأجرة ، و دفع اليهما شيئا واحداً عوضاً عن أجرتهما ﴾ التي وقعت في عقد استيجارهما على العمل دفعة ﴿ تحققت الشركة ﴾ حينئذ ﴿ في ذلك الشيء ﴾ إلا انها ليست من شركة الاعمال ، بل هي من شركة الاموال نحو مالو آجر كل منهما نفسه منفرداً ، ثم ادّى المستأجر اليهما مالامشتركا، فان الشركة في المال خاصة قطعاً ، و حينئذ فلا اشكال في جوازها من غير فرق بين اختلاف عملهما و اتفاقه ، ولا بين علمهما بنسبة أحد العملين إلى الاخر و عدمه ، لأن الاعتبار في الصفقة بالعلم بعوض المجموع لا الأجزاء ، و اجرة المجموع هنا

معلومة ، فيقسم عليهما على نسبة العمل ، بأن ينسب أجرة مثل عمل احدهما إلى أجرة مثل العملين و يؤخذ من المسمى بتلك النسبة ، و مع الجهل بالنسبة يحتمل التساوى و الصلح كالمالين الممتزجين المجهول قدر كل منهما و الله العالم .

﴿ ولا ﴾ تصح أيضا الشركة ﴿ بالوجوه ﴾ المفسرة في الاشهر باشتراك وجهين ، لامال لهما بعقد لفظى ، على أنّ ما يبتاعه كل واحد منهما يكون بينهما ، فيبتاعان و يبيعان ، و يؤديان الأثمان ، و ما فضل فهو لهما ، و قيل : أن يبتاع وجيه في الذّمة ، و يفوض بيعه إلى خامل و يشترطا أن يكون الربح بينهما ، و قيل : أن يشترك وجيه لامال له ، و خامل ذومال ليكون العمل من الوجيه ، و المال من الخامل ، و يكون المال في يده لا يسلّمه إلى الوجيه ، و الربح بينهما ، و قيل : أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له .

﴿ولا شركة﴾ عندنا ﴿ في المفاوضة ﴾ التي هي اشتراك شخصين فيما يغتنمان به من ربح ، وإرث ، و لقطة ، وركاز ، و غير ذلك ، و يغرمان من أرش جناية وضمان غصب ، و قيمة متلف ، وغير ذلك مطلقاً ، فهماكماعن بعض أو باستثناء قوت اليوم ، وثياب البدن و الخادم و بذل الخلع و الصداق و الجناية على الحر ، لعدم الدليل عليها عندنا ، بل الاجماع بقسميه على فسادها ، كالشركة بالمعنيين الأوّلين .

﴿ و إنّما تصحّ ﴾ عندنا ﴿ بالاموال ﴾ بلا خلاف فيه، بل الاجماع بقسميه أيضاً على الصحة فيها ، وهي المسمّاة بشركة العنان ، من عنان الدابة ، او من « عنّ » إذا ظهر ، أو من «المعانة » بمعنى المعاوضة ، لإمكان تقرير وجه المناسبة في الجميع، و الامر فيه سهل و إن أطنبوا فيه ، لكن لا ثمرة معتدّ بها فيه .

إنما الكلام فيما في المسالك . فإنه بعد أن ذكر تفسيرات شركة الوجوه قال : « و الكل عندنا باطل ، خلافا لابن الجنيد ، فانه جوزها بالمعنى الأوّل ولأبى حنيفة مطلقاً وحينئذ فإذا أذن أحدهما للاخر في الشراء فاشترى لهما وقع الشراء لهما ، فكانا شريكين ، لأنه بمنزلة التوكيل ، وقد اشترى بإذنه فيشترط شروط الوكالة ، و إذا كان المال لاحدهما و باع الاخر سواء كان خاملاً أولا ، صح البيع بوكالة المالك ،

و للمباشر أجرة المثل لعمله ، ولا شيء له في الربح .

و كأنه أخذ ذلك مما في جامع المقاصد قال : « وأما شركة الوجوه فان أحدهما إذا اشترى من دون توكيل الاخر له أومع قصد اختصاصه به ، فلا حق للاخر في الربح ، و إن وكله فاشترى لهما فقد تحققت شركة العنان » كما أنه قبل ذلك بعد أن ذكر الاجماع على بطلان ما عدا شركة العنان من الاقسام الثلاثة ، قال :

« و المراد ببطلانها عدم ترتب آثارها عليها ، أما شركة الابدان فلأنهما إن عملا كان لكل منهما أجرة عمله إن تميزا ، قليلة كانت أو كثيرة ، و مع الاشتباه فسيأتي أنّ الأصحّ الصلح ، و إن كان مع ذلك فيه معنى شركة العنان لامتزاج المالين ، و إن عمل أحدهما فلا شيء للاخر في أجرة عمله ، و أما شركة المفاوضة فلأن كل ما انفرد به أحد الشريكين من تجدد مال أو ثبوت غرم ، فهو مختصّ به ، ولو كان في مال أحدهما المجدّد من جنسه مال للاخر فسدت شركة المفاوضة ، وانقلبت إلى شركة العنان » .

قلت : محل البحث بين الاصحاب و من أجاز ذلك من العامّة مشروعية عقد شركة على أحد الوجوه الثلاثة على حسب شركة العنان وعدمه ، و اتفاق مصداق من مصاديقها مع مصداق الوكالة لا يقضي بجوازها مع فرض عدم قصد الوكالة ، و عدم ارادتها، و إنما المراد عقد شركة على هذا الوجه الذى يصحّ أن يكون مورداً للوكالة لو قصدت به .

و من ذلك يظهر لك ما في المحكي عن الأردبيلي ، فانه بعد أن حكى عن التذكرة بطلان شركة الأبدان عندنا ، سواء اتفق عملهما أو اختلف ، و سواء كانت الصنعة البدنية في مال مملوك ، أو في تحصيل مباح كالاصطياد و الاحتشاش قال : « ولا يظهر دليل على عدم الجواز سوى الاجماع ، فان كان فهو ، و الا فلامانع ، فانه يرجع إلى الوكالة في بعض الامور وتمليك مال في البعض الآخر ، وبذل نفس وعمل في مقابلة عوض ، ولا مانع منه في العقل و الشرع ، و لهذا جوّز بعض أقسامها بعض العامّة » ـ ثم نقل عنه ايضا ـ « أن شركة المفاوضة عندنا باطلة ، وليس لها أصل

و به قال الشافعي و مالك « ثم نقل عنه ايضاً في شركة الوجوه انها عندنا باطلة و به قال الشافعي و مالك ثم قال : « و البحث فيها مثل ما تقدم فتأمل » .

و فيه مالايخفى عليك من الخروج عن محل النزاع إذا فرض كون المقصود لهماالمعنى الصحيح و إنسموه باسم الفاسد ، ومن البطلان إذا اراد تأثيرعقد الشركة الذى أوقعاهذلك ، وإن اتفق فيبعض الاحوال اتحاد مصداقه معمصداق مفهومالصحيح الذي لميكن مقصوداً لهما ، بل به يظهر فساد ما وقع من جوازها من العامة معللا برجوعها إلى الوكالة ، أونحوها ممّاهوصحيح ، إذ قدعرفت حقيقة الحالوالله العالم .

﴿و يتساوى الشريكان فيالربح و الخسران مع تساويه﴾ أي المشترك بينهما بأن كان لكل منهما نصفه ، ﴿و لوكان لأحدهما زيادة ، كان لهمن الربح بقدر رأس ماله ، و كذا عليه منالخسارة﴾ بلاخلاف فيشيء من ذلك ، مع اتفاقهما في العمل ، أواختلافهما فيه ، بل الاجماع بقسميه عليه ، و السنة مستفيضة أو متواترة فيه ، مضافا الى اقتضاء أصول المذهب و قواعده فيالمشاع ذلك ،بلهومقتضى الاصول العقلية ايضاً .

و ماعنبعض العامة من منع الشركة مع عدم استواء المالين في القدر ، وفرض اتفاقهما فيالعمل ، قياسا على مالواختلفا فيالربح واتفقا فيالمال ـ مدفوع بأن المعتبر فيالربح المال ، و العمل تابع ، فلايضر اختلافه ، كمايجوز معاستوائهما فيالمال عند الكل ﴿و﴾ إن عمل أحدهما أكثر .

إنما الكلام فيما ﴿لوشرط لأحدهما﴾ فيعقد الشركة ﴿ زيادة في الربح مع تساوى المالين أوالتساوي فيالربح و الخسران معتفاوت المالين﴾ مععدم مقابلةذلك بعمل و ﴿قيل﴾ و القائل الشيخ ، و ابناادريس ، وزهرة ، والقاضي ، و جماعة ،بلعن السيد منهم الاجماع عليه كماعن ابن ادريس نسبته إلى الاكثر ﴿ تبطل الشركة اعني الشرط و التصرف الموقوف عليه ، و يأخذ كل واحد﴾ منهما ﴿ ربح ماله ، و لكل منهما أجرة مثلعمله ، بعد وضع ماقابلعمله فيماله ،وقيل :﴾ والقائل المرتضى و الفاضل ، ووالدهوولده﴿تصح الشركة و الشرط﴾ بلعن الأوّل منهمدعوى الاجماع

عليه ، وقيل : و القائل أبو الصلاح في المحكي عنه تصح الشركة دون الشرط الذي هو إنما يفيد الاباحة لها لاملكها ، فيجوز الرجوع فيها مادامت عينها باقية .

﴿والأول أظهر﴾ عند المصنف و جماعة ممن تأخر عنه ، لانه أكل مال بالباطل، باعتبار عدم مقابلة الزيادة لعوض ، لكون الفرض انها ليست في مقابل عمل ، و لاوقع اشتراطها في عقد معاوضة، لتضم احد العوضين ولااقتضى تملكها عقد هبة، والاسباب المثمرة للملك معدودة ، وليس هذا أحدها ، ولاهو اباحة للزيادة إذ المشروط تملكها بحيث يستحقها المشروط له ، فيكون اشتراطها اشتراطاً لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك ،كما لودفع اليه دابة ليحمل عليها والحاصل لهما فيكون باطلاً ، فيبطل العقد المتضمن له، اذ لم يقع التراضي بالشركة والاذن في التصرف إلا على ذلك التقدير، فلايندرج في قوله تعالى «أوفوا بالعقود» ،ولا في قوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » خصوصاً مع الجواز في عقد الشركة المنافي للزوم المستفاد من الآية والرواية وأما عدم الاندراج في قوله تعالى «إلا أن تكون تجارة عن تراض» فظاهر إذ الشركة ليست من التجارة في شيء إذ هي مقابلة مال بمال ، و هذا الشرط ليس تجارة ايضاً ، لعدم تضمنه معاوضة ومجرد التراضي غير كاف في اللزوم ، بل غايته الاباحة ،ولاكلام في الجواز بها ،ولكنه غير مفروض المسالة لعدم استناده إلى عقد الشركة ،ومع ذلك الاباحة في صورة جهلهما بفساد الشرط محل مناقشة بل منع .

نعم لوشرط ذلك للعامل تحققت التجارة حينئذ ، لأن العمل مال ، فهوفي معنى القراض كما نبه عليه المصنف بقوله ﴿هذا إذا عملا في المال ، أما لوكان العامل أحدهما ، و شرطت الزيادة للعامل صح ، وكان بالقراض أشبه﴾ بل لاخلاف فيه بينهم على ما اعترف به جماعة ، بل ولا في جوازه مع العمل منهما ايضاً و شرطت الزيادة لمن زاد عمله على الآخر ، ــ وإن كان ظاهر العبارة يوهم خلافه .

و بذلك كله ظهر لك دليل القولين الأخيرين وفساده، حتى الاجماع المحكي للثاني منهما المعارض باجماع ابن زهرة المعتضد بالنسبة إلى الاكثر و بماسمعت ، ولكن مع ذلك للنظر في جميع ماعرفت مجال ، و ذلك لأن الاتفاق على الجواز

في الصورتين المزبورين ليس هو الاشتراط المزبور إذليس ذلك قراضاً قطعاً لعدم قصده اولاً وعدم تماميته في الصورة الثانية منهما ثانياً و عدم اعتبار مايعتبر في القراض من كونه نقداً في الصحة هنا ثالثا فليس حينئذ إلا الشرط المزبور و هو كما أنه قابل للتمليك في مقابلة العمل او زيادته قابل للتمليك مجاناً ، المتحقق شرعاً بالهبة ، وغيرها ، فلا يكون الا كل به حينئذ أكلا بالباطل بل هو بالسبب الصحيح الشرعي الذي هو الشرط وأحد الاسباب المملكة .

ودعوى -كونه في مثل هذا العقد الذي مفاده الإذن خاصة لا يفيد ملكاً ، إذهو كعقد العارية - يدفعها أنه كذلك مع اشتراطها العامل خاصة كما أنّ دعوى كون عقد الشركة من الجائز ، فلا تشمله الاية و لا الرواية مشترك الالزام مبني أيضاً على أنّ المراد من عقدها المشترط فيه ذلك إنما هو العقد المشتمل على الإذن في التصرف لا عقد انشاء الشركة الذي قدّمناه سابقاً ، فإنه لازم لاينافيه بطلان الشركة بالقسمة كما لا ينافي لزوم البيع الاقالة ، و أما منع كونه تجارة عن تراض بمعنى تكسب ولو لأحدهما بالطريق المزبور فواضح المنع ، هذا .

مع أنه قد يقال في صورة تساويهما في العمل و شرطت الزيادة لأحدهما ، و اختلافهما وشرطت لأدناهما ، بالصحة ، بناء على ما ذكروه ، لمقابلتها حينئذ بالعمل ممن اشترطت له ، وأما الاخر فهو متبرع بعمله لم يرد في مقابلته شيء ، إذ لا امتناع في أن يعملا أحدهما بعوض و الاخر بلا عوض .

هذا كله مماشاة مع الخصم ، و إلاّ فالمتّجه الصحة مطلقا ، حتى إذا لم يعملا ، بل نمى المال في نفسه، فمافي القواعد من اشتراط الصحة بذلك قال « ولوشرط التفاوت مع تساوي المالين أو التساوي مع تفاوته فالأقرب جوازه إن عملا أو أحدهما سواء شرطت الزيادة له أوللاخير » في غير محله ، ضرورة انحصار السبب في استحقاق الزيادة فيما فرضه بالشرط المتحقق في الصورتين كما هو واضح ، و بذلك كله ظهر لك ما في كلام جملة من الأصحاب كالكركي و ثاني الشهيدين و أتباعهما فلاحظ و تأمّل .

مضافاً إلى ماعساه يستفاد من بعض النصوص [١] المتقدمة في كتاب الصلح الدالة على جوازاشتراط رأس المال لأحدالشريكين . و للاخر الربح وعليهالخسران التي قدسمعت تفصيل الكلام فيها ، و إلى بعض النصوص [٢] المتضمنة للمشاركة في الجارية ، على أن يكون بعض الشريك شريكاً في الربح دون الخسران ، و إن حملها بعض الناس على معنى آخر .

بقي الكلام فيما ذكره المصنف و غيره من قسمة الربح على المالين ، بناء على البطلان ، إذ هو غير تام بناء على اقتضاء بطلان عقد الشركة بمعنى الاذن ، لصيرورة التصرف حينئذ فضولياً فلا ربح ، نعم هوكذلك مع فرض الاجارة ، اللهم إلا أن يراد ربح ما حصل من التصرف من كلّ منهماي ماله ، و أما الأجرة لكلّ منهما عوض عمله في المال بنقل و نحوه ، فالوجه فيها احترام عمل المسلم، و اقدام المتبرع منهما بزعم صحة العقدفمع فرض بطلانها لم يكن منه تبرع ، لكن قد يقال بمنع الأجرة مع ذلك لأصالةالبراءة .

نعم هو كذلك بالنسبة إلى من شرطتالزيادة له باعتبار صيرورته كالقراض الفاسد ، فان العامل يستحق الأجرة فيه ، لأن « ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» فكذا هنا ، أما من لم يشترط لعمله شيء فهو في حكم المتبرع على تقديرى الصحة و الفساد ، أللّهم إلا أن يقال ان الشريك كذلك مع فرض صحة عقد الشركة المقتضي لذلك لامع فساده ، إذ هوحينئذ عمل وقع من المسلم لا عوض له بزعم صحة الشركة فمع بيان فسادها يبقى مضموناً على من وصل إليه .

و كشف الحال في أصل المسألة أن ظاهرهم عدم رجوع أحد منهم على الاخر بأجرة عمله مع حصول عقد الشركة منهما ، بناء منهم على أن مقتضى عقد الشركة ذلك، بل لعل ظاهرهم ذلك في صورة وقوع العمل من أحدهما أيضاً .

---

(١) الوسائل الباب ـ٤ـ من ابواب احكام الصلح .

(٢) الوسائل الباب ـ٣ـ من ابواب أحكام الشركة الحديث ـ٨ـ

و إن كان قد يناقش في أصل اقتضاء عقد الشركة ذلك ، بناء على ثبوته بالمعنى المزبور ، أما على تقدير عدمه فالمتّجه حينئذ ثبوتها ، لقاعدة احترام عمل المسلم الواقع باذن من عمل له ، كما أن المتجه ذلك أيضاً لو وقع العمل بزعم صحة عقد الشركة المقتضي لمجانيّة العمل ، فمع بيان فساده يتّجه الأجرة ، للقاعدة المزبورة أيضاً ، اللهم إلاأن تكون معارضة بقاعدة « مالايضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده » مع إمكان منع ذلك هنا بأن يقال : إن عدم الأجرة إنما هو لظهور التبرع منهما ، لاأنه من مقتضيات عقد الشركة كي يتّجه اتيان القاعدة .

نعم قد عرفت النظر في أصل ثبوت هذا العقد عندنا ، فضلاً عن دعوى اقتضائه التبرع بذاته ، و ربما يؤيده قول المصنف هنا أعنى الشرط و التصرف ، كالمحكي عن أوّل الشهيدين ، و فخر المحققين من أن المراد من البطلان هنا بطلان الإذن ، لأن الشركة العنانية الحاصلة بالمزج مع العقد لا توصف بالصحة و البطلان ، لعدم إمكان وقوعها على وجهين ، و إن نظر فيه في المسالك تبعاً لجامع المقاصد بأن الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه أي كونه عقداً ثمرته الإذن في التصرف و توصف بالصحة و البطلان ، بل ليس الغرض من الشركة في الاموال إلاالشرط المدلول عليه بالصيغة و ما يلزمه اللهم إلا أن يمنع من كون الشركة بمعنى العقد المزبور هي العنانية كما يظهر من التذكرة أنها مركبة من مزج المالين و العقد ، لكن يشكل بأنها إذا لم تكن شركة فهي أحد الأقسام الاخر لاتفاق الفقهاء على انحصار الشركة الصحيحة في شركة العنان و انحصار مطلق الشركة في المذكورات، و غاية ما ينزّل أنها تطلق على المعنيين معاً لكنها في الثاني أظهر .

قلت : لكن قد عرفت فيما تقدم فساده ، إن لم يكن اجماعاً بما لا مزيد عليه كما أنك قد عرفت هنا وصف الشركة العنانية بالمعنى الذي ذكرناه بالصحة والفساد ، و أن صحيحها مقتض للملك على الاشاعة في نفس الأمر بخلاف فاسدها فانها إشاعةفي الظاهر لا الواقع فتأمل جيداً .

﴿ واذااشترك المال ﴾ بأحد أسبابه السابقة عدا ماكان بالعقد منها بناء على

اقتضائه الاذن ﴿ لم يجز لاحد الشركاء التصرف فيه إلامع إذن الباقين ﴾ لحرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، ومجرّد اشتراك المال لا يدل عليها وإن كان بالمزج الاختياري المرادبه حصول الشركة ﴿ فان حصل الاذن لأحدهم تصرف هودون الباقين ﴾ لحصولها بالنسبة إليه دونهم .

﴿و﴾ لكن ﴿ يقتصر من التصرف على ما أذن له ﴾ فيه ﴿ فان أطلق له الاذن ﴾ في التصرف جاز ، لأن الاطلاق في ذلك غير مناف لعدم الضررفيه و ﴿ تصرف كيف شاء ﴾ من وجوه التجارة و الاسترباح الغالبة المنزل عليها الاطلاق ، لكن في جامع المقاصد و المسالك تقييد ذلك بالمصلحة كالوكيل المطلق ، فيتصرّف حينئذ معها ببيع و شراء مرابحةً ومساوية ، وتولية ، ومواضعة ، و قبض و اقباض ، و حوالة واحتيال، و ردّ بالعيب و نحو ذلك .

نعم يقوى عدم جواز السفر له بالمال ، لما فيه من الخطر المانع من الحكم بتناول الاذن له فيه ، بل في جامع المقاصد « وكذا لا يجوز مكاتبة عبد الشركة ولا إعتاقه على مال ، ولا تزويجه ولا المحاباة بمال الشركة ولا إقراضه ، ولا المضاربة و نحوه ، لأن ذلك كلّه ليس من توابع التجارة الغالبة ، أي المنزل عليها الاطلاق ، نعم لو اقتضت المصلحة شيئاً من ذلك ولم يتيسّر استيذان الشريك جاز فعله » .

قلت : لاحظّ للفقيه في حصر أنواع التصرف المستفاد من الاطلاق جواز فعلها للمأذون ، ضرورة الاختلاف في ذلك زماناً ومكاناً وحالاً ، إنما الكلام في اعتبار المصلحة في الجواز أو يكفي فيه عدم المفسدة ، وجهان لا يخلو ثانيهما من قوة و فيما ذكره من جواز فعل ما لم يتناوله الاطلاق مع اقتضاء المصلحة ، و عدم تيسّر اذن الشريك ضرورة عدم كفايتها مع فرض عدم تناول الاطلاق ، و دعوى شموله لهامعها منافية لاعتبار عدم تيسّر إذن الشريك ضرورة الجواز حينئذ بدونها وإن تيسّرت ، فالمتّجه حينئذ الحكم بفضولية كل ما لم يشمله الاطلاق ، سواء كان فيه مصلحة أولا ، إلا ما يرجع منه إلى حكم الأمين من حيث كونه أميناً و الله العالم .

﴿ ولو عين له السفر في جهة ، لم يجز له الأخذ في غيرها . أو نوعاً من التجارة

لم يتعد إلى سواها ﴾ سواء نهاه عن غيرها أم لا لأن عدم الاذن كاف في عدم الجواز لكن لوخالف في جهة السفرضمن وصحت التجارة ، لعدم بطلان الإذن بذلك ، اللهم إلا أن يفرض تقييد هابه ، فيكون فضولياً حينئذ كما أنه لو خالف في نوع التجارة كان كذلك أيضاً ويضمن أيضاً لوعين غاية للجهة التي قد أذن بالسفر اليها ، فتجاوزها في تلك الجهة ، الا أن الظاهر كون الضمان فيها و فيما شابه ذلك إنما هو لو تلف بما لم يأذن له فيه ، أو بغيره مما تضمن به الأمانة مع التعدي فيها ، ولا ينافي ذلك بقاء الإذن في التصرف، أما لوخسر مثلاً فيما هو مأذون فيه فلاضمان على الظاهر، للأصل.

﴿و﴾ على كل حال فقد ظهر لك أنه ﴿لو أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه، جاز لهما التصرف و ان انفردا ﴾ لاطلاق الاذن ﴿و﴾ عدم ما يدل على تقييدها بذلك نعم ﴿لو شرطا الاجتماع لم يجز الانفراد ﴾ الذى لم يؤذن فيه ﴿ ولو تعدى المتصرف ما حد لهضمن ﴾ لقاعدة اليد و غيرها . من غير فرق في التعدي بين أن يكون لعدم تناول اطلاق الاذن أو لمخالفة خصوص ما نص عليه و في المحدود بين أن يكون نوع التجارة و زمانها و مكانها وغير ذلك .

﴿و لكل من الشركاء الرجوع في الاذن﴾ الذي هو كالتوكيل ﴿ و المطالبة بالقسمة لأنها غير لازمة ﴾ على وجه يجب الاستدامة عليها ، إذ « الناس مسلطون على اموالهم » بأنواع التسلط الذي منه افرازه عن غيره ، و في المسالك جعل ذلك من المصنف إشارة إلى معنى الشركه : فالى الثانية التي هي العقد بقوله أو لا ، ولكل » إلى آخره وإلى الأولى التي هي من الاحكام بقوله «و المطالبة» إلى آخره ، و هي غير لازمة بمعنييها ، ثم قال : «والانسب في قوله « غير لازمة» أن يكون إشارة إلى الثانية لأن الموصوف بالجواز و اللزوم هو العقد » .

قلت : لا يخفى على كل ناظر لكلام المصنف و غيره ممن ذكر نحو ذلك أنه لا شركة عنده بالمعنى الذي أثبتها هو ، ضرورة صراحة كلامهم في أن ذلك كله من أحكام الإذن التي هي ليست من العقود قطعاً ، نحو الإذن في دخول الدار ، و أكل الطعام، بل لو جعلت عقداً فليست إلا وكالة لاشركة ، نعم بناء على ما ذكرنا من العقدية

يرادبجوازها عدم وجوب الاستدامة عليها وابطال كونها شركة بالقسمة كما هو واضح.

هذا ، ولكن ينبغي أن يعلم أنه بناءً على ثبوت عقد الشركة للإذن في التصرف يتجه إنفساخه بقول أحدهما : فسخت الشركة ، لأنه عقد جايز فيرتفع العقد حينئذ من أصله بذلك ، بخلاف مالو قال أحدهما للآخر : عزلتك ، فانها لا تنفسخ بذلك ، و إن انعزل المعزول بذلك ، إلا أن العازل يبقى على الاذن له في التصرف ، لاشتمال الشركة على ما هو كالوكالتين ، و وقوع العزل عن أحدهما لا يقتضي العزل من الاخرى .

و لعله إلى ذلك اشار في التذكرة بالفرق بين قول أحدهما فسخت العقد ، و قوله عزلتك ، فما وقع عن بعضهم من التامل زاعماً عدم الفرق بينهما في غير محله ، وذلك لوضوح الفرق باعتبار إقتضاء الفسخ رفع العقد من أصله ، بخلاف العزل و نحوه الذي هو كالمانع من اقتضاء العقد أثره ، و كذا لو وقع المنع عن التصرف لم يحتج إلى عقد جديد للشركة ، بخلاف مالو فسخه فتأمل جيداً و الله العالم .

﴿ و ليس لأحدهما المطالبة باقامة رأس المال ، بل يقتسمان العين الموجودة ما لم يتفقا على البيع ﴾ لعدم تسلط أحدهما على الآخر بالاقامة المزبورة بوجه من الوجوه كما هو واضح ﴿ ولو شرط التأجيل في الشركة لم يصح ﴾ على وجه يترتب عليه أثره بحيث يكون لازماً ﴿و﴾ ليس لأحدهما فسخها قبله ، بل ﴿ لكل منهما أن يرجع متى شاء ﴾ لأنها عقد جائز ، فلا يلزم مثل هذا الشرط فيه .

نعم في المسالك « يترتب على الشرط المزبور عدم جواز تصرفهما بعده إلا باذن مستأنف ، لعدم تناول الاذن له ، فلشرط الاجل أثر في الجملة » .

قلت : كأنه أخذ ذلك مما في المختلف قال : قال الشيخان : الشركة بالتأجيل باطلة و الظاهر أن مرادهما ليس البطلان من رأس ، بل عدم اللزوم ، و لهذا قال المفيد عقيب ذلك : و لكل واحد من الشريكين فراق صاحبه أي وقت شاء و قال أبو الصلاح : ولا تأثير للتأجيل في عقد الشركة و لكل شريك مفارقة شريكه أى وقت شاء ، و إن كانت مؤجلة ، و العبارتان رديتان ، و التحقيق أن للتاجيل أثراً و هومنع

كل منهما عن التصرف بعده إلا بأذن مستأنف، و إن لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة إذ لكل منهما الفسخ قبل الأجل» انتهى.

ولا يخفى عليك أن الامر كما ذكراه في اشتراط الأجل في عقد الشركة الذي هو بمعني الاذن في التصرف الراجع الى الوكالة، أما إذا كان اشتراطه في عقد الشركة على المعنى الذي ذكرناه فلا ريب في بطلانه، بمعنى عدم الأثر له أصلاً إن أريد به الغاية للملك الحاصل بالعقد المزبور، ولا يجب الوفاء به إن أريد به الالتزام ببقائها اليه، لما عرفت من الاجماع على كونها عقداً جايزاً بالنسبة إلى فسخها بالقسمة، فلا يلزم الشرط المزبور فيها، ولعل حمل كلام الشيخين و أبي الصلاح بل والمصنف على ذلك أولى، و لو قيل أن بطلانه على المعنى الاول يقتضي بطلان الشركة أيضاً قلنا: هو كذلك، و لكن لما كان الامتزاج على أي وجه وقع يؤثر الشركة ولو في الظاهر، لم يكن للحكم ببطلانها وجه إلا ما سمعته فتأمل جيداً و الله العالم.

﴿و﴾ كيف كان فلا خلاف ولا اشكال في أنه ﴿لا يضمن الشريك ما تلف﴾ من مال الشركة الذي ﴿في يده﴾ باذن الشريك من غير تعد ولا تفريط ﴿لأنه أمانة﴾ ومن المعلوم نصاً و فتوى أنها لا تضمن ﴿إلا مع التعدي أو التفريط في الاحتفاظ و﴾ انه ﴿يقبل قوله مع يمينه في دعوى التلف، سواء ادعى سبباً ظاهراً كالغرق والحرق أوخفياً كالسرقة﴾ لاطلاق الادلة خلافاً لبعض العامة فأوجب البينة في الاول.

﴿وكذا﴾ من المعلوم أيضاً بلاخلاف ولا إشكال أن ﴿القول قوله مع يمينه لوادعى عليه الخيانة أو التفريط﴾ لكونه منكراً و البينة على المدعي و اليمين على من أنكر ﴿ويبطل الأذن بالجنون و الموت﴾ و الاغماء و غيرهما مما تبطل به العقود الجائزة كالحجر لسفه أو فلس و غير ذلك بخلاف أصل الشركة، فانها لا تبطل بشيء من ذلك، نعم ينتقل أمر القسمة إلى الوارث أو الولي أو غيرهما كما هو واضح.

الفصل الثاني : في القسمة

❀وهي تمييز الحق❀ لكلّ شريك ❀من غيره و❀ لا ريب في أنّها أمر برأسه ❀ليست بيعاً❀ ولا صلحاً ولا غيرهما ❀سواء كان فيها ردّ أو لم يكن❀ كما لا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، ضرورة عدم اعتبار قصد شيء زايد على مفهومها في صحّتها كضرورة اختلافها مع البيع والصلح وغيرهما في اللوازم و الأحكام المقتضية لاختلاف الملزومات، وحينئذ فلا شفعة فيها ولا خيار مجلس، ولا بطلان بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه في البيع ❀و❀ لا غير ذلك، خلافاً لبعض العامة نعم هي ❀لا تصحّ❀ في غير قسمة الاجبار ❀إلاّ باتّفاق الشركاء❀ بلا خلاف أيضاً ولا إشكال للأصل بل الاصول.

❀ثم هي❀ بالنسبة إلى الاجبار عليها مع طلب أحد الشركاء وعدمه ❀تنقسم❀ قسمين ❀فكلّ مالا ضرر في قسمته❀ على أحد الشركاء ولو من جهة الاحتياج إلى رد ❀يجبر الممتنع مع التماس الشريك❀ أو وليّه ❀القسمة❀ بلا خلاف أجده فيه أيضاً بل الظاهر الاتفاق عليه، و لعلّه العمدة بعد قاعدة وجوب ايصال الحق إلى مستحقّه مع عدم الضرر و الضرار، ❀و يكون❀ الاقتسام ❀بتعديل السهام❀ بالأجزاء إن كانت في متساويها كيلا أووزناً أوزرعاً أوعداً بعدد الانصباء، أو بالقيمة إن اختلفت كالارض والحيوان ❀والقرعة❀ بان يكتب أسماء الشركاء أوالسهام كلّ في رقعة وتصان ويؤمر من لم يطّلع على الحال باخراج إحداها على اسم أحد المتقاسمين أو أحد السهام، هذا إن اتفقت السهام قدراً، ولو اختلفت قسّم على أقل السهام، و جعل لها أول يعيّنه المتقاسمون، وإلاّ الحاكم وتكتب أسماؤهم، لا أسماء السهام حذراً من التفريق، فمن خرج اسمه أوّلاً أخذ من الاوّل، وأكمل نصيبه منها على الترتيب، ثمّ يخرج الثاني إن كانوا أكثر من اثنين، وهكذا و بذلك تتم القسمة من غير حاجة إلى شيء آخر من رضى بعده وغيره في قسمة الاجبار وغيرها، بل ولا في قسمة الرد إذا

كان القاسم في الجميع منصوباً ، أما إذا كانت من غيره ولو منصوبا منهما ، فالمشهور على ما قيل الاحتياج إلى رضى بعد القرعة ، خصوصاً في قسمة الرد لاشتمالها على المعاوضة المتوقفة على مايدلّ على الرضا بذلك .

وقد يشكل أوّلا : بالاكتفاء بالرضا بالقرعة ، وثانياً : بفحوى الإكتفاء بها في قسمة الاجبار ، وفيما إذا كان القاسم منصوباًمن الإمام ، مع أنها في الجميع كالمعاوضة التي يدعيها الخصم ، وثالثاً بما دلّ من نصوص القرعة [1] على كونها مميزة للحق ، ومشخصةله ، وملزمة به ، بل لعلّ ذلك هو حكمة مشروعيتها ، وبذلك يخرج عن أصالة بقاء المال على الإشاعة .

إنّما الكلام في اعتبارها في القسمة كما عن ظاهر كثير أو الجميع . نعم عن الأردبيلي الاكتفاء بالرضا من الشركاء بأخذ سهم [2] لعموم تسلط الناس على أموالهم ولأنّه من التجارة عن تراض ، وأكل مال الغير بطيب نفسه ، وفحوى قوله عليه السلام [3] « في رجلين لم يدر كلّ منهماكم له عند صاحبه فقال كلّ واحد منهما : لك ماعندك ولي ماعندي ، لا بأس إذا تراضيا وطابت أنفسهما » ، ثمّ قال : وإن لم يكن ملكاً فلا كلام في جواز التصرّف فيه ، تصرّف الملاك مثل ما قيل في المعاطاة والعطايا و الهدايا و التحف و احتمال كونه حراماً لكونه بعقد باطل ، عمل المسلمين على خلافه ، بل على الملك وتبعه المحدّث البحراني وأنكر العثور على القرعة في شيء من أخبار القسمة التي ذكروهاهنا ، وفي كتاب القضاء ، بل قال : « ليس المقام في شيء من موارد نصوص القرعة وإنّما غاية ما يدلّ عليه بعض أخبارها كقوله عليه السلام [4] « ماتنازع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عزّ وجلّ إلاّ خرج منهم المحقّ » الرجوع إليها عند التنازع ، وأما

(١) الوسائل الباب ـ١٣ـ من ابواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ـ١١ـ و ـ ١٨ ـ

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث .

(٣) الوسائل الباب ـ ٥ ـ من ابواب احكام الصلح الحديث ـ ١ ـ

(٤) الوسائل الباب ـ ١٣ من ابواب كيفية الحكم و أحكام الدعوى الحديث ـ١٣ـ

مع التراضي فلا أثر في الأخبار لاعتبارها ، وكأنّ الشيخ ومن تبعه تبع العامّة فيها ، وفيما ذكروه من أحكام القسمة ، بل ظاهر جملة من النصوص الاكتفاء بالرضا من دون قرعة كخبر غياث[1] «عن جعفر عن أبيه عن عليّ عليه السلام في رجلين بينهما مال : منه بأيديهما ومنه غائب عنهما، فاقتسما ما في أيديهما ، وأحال كلّ واحد منهما نصيبه ، فما اقتضى أحدهما فهو بينهما ، وما يذهب منهما » ومثله خبر الثّمالي [2] عن أبي جعفر عليه السلام وخبر محمّد بن مسلم [3] عن أحدهما وصحيحا [4] معاوية بن عمّار وعبدالله بن سنان وخبر سليمان بن خالد [5] فان ظاهر الاقتسام لما في أيديهما ذلك.

قلت: قد يقال: بمنع صدق الاقتسام شرعاً بعد فرض اعتبارها فيه ، بناء على ما حكاه عن الاصحاب على المجرد عنها ، فلا دلالة حينئذ بما في النصوص المزبورة على ماذكره خصوصاً بعد تعارف القرعة قديماً و حديثاً بين المتشرعة في قسمة الاموال المشتركة .

بل قد يقال : إنّ تعريف القسمة بأنّها تمييز الحقوق بعضها عن بعض يقتضي أن حصّة الشريك كلّي دائر بين مصاديق متعدّدة فمع فرض تراضي الشريكين مثلاً على قسمة المال نصفين ، على أن يكون نصف كلّ واحد منهما في النصف المقسوم ، احتيج إلى القرعة في تشخيص كلّ من النصفين لكلّ منهما ، فهي حينئذ لاخراج المشتبه والمتردّد ، وهو محل القرعة لا شكاله ، لأن القرعة ناقل أو جزء ناقل لاستحقاق كلّ من المالين إلى الآخر .

بل إن لم يكن اجماع أمكن القول بأنّ المراد من إشاعة الشركة ، دوران حق الشريك بين مصاديقه ، لأن المراد منها ثبوت استحقاق الشريكين في كلّ جزء يفرض وإلاّ لاشكل تحققها في الجزء الّذى لا يتجزى من المال المشترك ، و بذلك يتّجه اعتبار القرعة في القسمة بعد تعديل السّهام ، و رضى الشريكين مثلا في تعيين كلّي مصداق استحقاقهما بالشخص الخارج ، ضرورة كونه حينئذ من مواردها بل لا يتحقق الاقتسام بدونها ، لعدم كون المدار فيه رضاهما بأن ماله من الحق فيما في يد شريكه

(١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦ - من ابواب أحكام الشركة الحديث -١- وذيله و ٢ باختلاف يسير .

هو عوض ما في يده ،كي تكون من قبيل المعاوضات، و إلاّ لم يعتبر فيها تعديل السهام « لتسلّط النّاس على أموالها » مع أن فاقده ليس من القسمة شرعاً قطعاً ، ولاْ شكل أيضاً قسمة الوقف من الطلق ، وإلاّ لكانت بعض اجزاء الوقف طلقاً ، والطلق وقفاً ، على أن هذا الرّضا بعد فرض عدم اندراجه في عقد من العقود المملكة ، كيف يكون سبباً لنقل المال إلى الاخر ، فضلا عن لزومه ، وليس في القسمة عموم أو اطلاق يقتضي ذلك كي يكون حينئذ أمراً مستقلا برأسها ، بخلافه على ماذكرنا ، فانّه غير محتاج إلى شيء من ذلك ضرورة الاكتفاء برضاهما في تشخيص المصداق ، و القرعة لاستخراج خصوص مالكل منهما من المصداق المتردد واقعاً ، فتكشف حينئذ عن كون حقّه في الواقع ذلك ، ولولسبق علم الله تعالى بوقوعها عليه ، ولا يحتاج بعد إلى عموم،أوعقد آخر يقتضي الملك أو اللزوم فتأمل جيّداً فانّه دقيق نافع .

أو يقال : إن القرعة مشروعة للتعيين ، كما شرّع قبض المستحق من المستحقّ عليه في الدين مثلا كذلك أو يقال : إن ملك الكلي في الشركة و غيرها يتحقق في مصداق من مصاديقه في علم الله تعالى شأنه لعدم تصور حصول صفة الملك بناءعلى أنّها كالصفات الخارجة في الكلي الّذي لاوجود له إلاّ بوجود أفراده ، أووجوده عين وجود أفراده ، ضرورة عدم قيام العرض إلا بجوهر ، كضرورة عدم تحقق الملك في فرد غير معين في علم الله تعالى ، وذلك لاينافي اجراء حكم الشركة ظاهراً على الافراد كما لاينافي شرعية القرعة لاخراجه ، سواء انطبقت عليه أولا ، إذهي ميزان من الموازين الشرعية في الظاهر .

نعم لو قلنا بأن الملك والكليّة و نحوهما من الاُمور التي جعلت عنواناً في الشرع وليس لها وجود حقيقة ، ولا مشخصات كذلك ، لم يتجه حينئذ ما ذكرناه ، و يتعين ما قلناه سابقاً من التعيين بالقرعة والله العالم .

ومع الاغضاء عن ذلك كلّه يمكن الاكتفاء بظهور اتفاق الاُصحاب على اعتبار القرعة في القسمة شرعاً مؤيّداً بتعارف ذلك بين عوام المتشرعة ، فضلا عن خواصهم بل قد عرفت اعتبار الرّضا بعد القرعة من بعضهم في الجملة ، ولا أقلّ من أن تكون

القرعة كالعقد في اللزوم ، وفاقدها كالمعاطاة ، نحو ما سمعته من الأردبيلي ، و أمّا احتمال عدم اعتبارها أصلا وأن التراضي كاف في الانتقال واللزوم ، فلا ينبغي الاصغاء إليه بوجه من الوجوه ، هذا كله بناء على ما حكاه عنهم ، وإلاّ فقد يقال : إن مراد الاصحاب إعتبار القرعة حال عدم التراضي لأنّها العدل بينهما ؟

أما مع فرض التراضي منهما فلا بأس كما يؤمي إليه قول المصنف ﴿ أما لو أراد أحد الشركاء التخيير ، فالقسمة جائزة لكن لا يجبر الممتنع عنها ﴾ ضرورة صراحة ذلك في مشروعية القسمة بدونها ، وأن الفرق بينها و بين الاولى جبر الممتنع عنها دونها ، وأصرح منه مافي اللمعة في القسمة في القضاء ، « وإذا عدلت السّهام و اتّفقا على اختصاص كلّ واحد بسهم ، لزم ، و إلاّ أقرع » وفي الروضة في شرحها« لزم من غير قرعة ، لصدق القسمة مع التراضي الموجبة لتميّز الحقّ ، ولا فرق بين قسمة الرد و غيرها ، و الا يتفقا على الاختصاص أقرع » و هو صريح في عدم اعتبارها في أصل القسمة إلا حال عدم التراضي ، و المحدّث البحراني قد صرّح باعتبار القرعة حينئذ، وعدمها مع التراضي ، و هو عين ما سمعته منهم ، فما أدري أين محلّ إنكاره .

نعم قد يناقش في أصل الاكتفاء بالرّضا في اللزوم بما ذكرناه أولاً ، و تسمع إنشاء الله تمام البحث في ذلك و غيره في كتاب القضاء .

بقي الكلام في الجبر على القسمة وعدمه ، و حاصل البحث فيه أنك قد عرفت جبر الممتنع عنها في كل مالا ضرر فيها على أحدهما لما سمعت ﴿ و كلّ ما في قسمته ﴿ه ضرر﴾ عليهما ﴿كالجوهر و السيف و العضايد الضيقة ﴾ قال في الصحاح : اعضادكل شيء ما يشيد حواليه من البناء و غيره كاعضاد الحوض ، وهي حجارة تنصب حول شفيره ، و كذلك عضادتا الباب : و هما خشبتاه من جانبيه .

وعلى كلّ حال فما كان نحو ذلك ﴿ لا يجوز قسمته ﴾ بمعنى أنه لا يجبر الممتنع عنها ، لقاعدة نفي الضرر و الضرار ، و النهي عن السرف و التبذير ، و تلف المال في غير الفرض الصحيح ، لكن في المتن هنا لا يجوز ﴿ ولو اتفق الشركاء على القسمة ﴾ ومقتضاه عدم المشروعية أصلاً وفيه : أنه مناف لقاعدة « تسلط الناس على اموالها » و

السفه قد يرتفع بالغرض الصحيح ، على أنه هو في كتاب القضاء فسر الضرر المانع من القسمة بنقص القيمة ، لا خروج المال عن الانتفاع ، ولا ريب في عدم منع المالك من التصرف فيه و إن استلزم نقصاً فاحشاً في المال و أيضاً فالا ثم بذلك لا ينافي صحّة القسمة شرعاً ، كل ذلك مع أنه مناف لما قيل : من وجوب الإجابة فيما لو فرض ضرر القسمة على أحدهما خاصّة ، وكان الطالب لها المتضرّر ، قال في الدروس «ولو تضرّر أحدالشريكين دون الاخر أجبر غير المتضرّر بطلب الأخردون العكس » لكن قال : « وفي المبسوط لايجبر أحدهما مما يتضرر الطالب ، وهذا حسن إن فسّر التضرر بعدم الإنتفاع ، و إن فسّر بنقص القيمة فالاوّل احسن » و كأنّه لحظ إمكان فرض الغرض الواقع للسفه على تقدير التفسير بالنقص بخلافه على الأخر ، ثم إنّ الظاهر ما صرّح به في الدروس واللمعة و الروضة و غيرها من عدم وجوب الاجابة الى المهاياة أي قسمة المنفعة بالأجزاء ، أو بالزمان ، كأن يسكن أو يزرع هذا الجزء المعيّن بل في الأخير سواء كان مما يصح قسمته اجبارا أم لا.وأنه لايلزم الوفاء بها لو أجاب إليها فيجوز لكل منهما فسخها ،وحينئذ فلو استوفى أحدهما ففسخ الاخر أو هو ، كان عليه أجرة حصة الشريك ، ولورجع بعد استيفاء كلّ منهما مدته فلا شيء له ، إلاّ مع التراضي كما في كشف اللثام ، وظاهر الجميع خروجها عن حكم المعاطاة ، وصيرورتها كالمقاولة الوعدية ، إلاّ أنه لا يخلو من نظر في الجملة هذا .

لكن قد يقال فيما إذاكانت قسمته ممتنعة : إنه ينتزعه الحاكم منهما مع التعاسر ويؤجره عليهما إن كان له أجرة ، جمعاً بين الحقين وصوناً للمال عن التلف ، و جبراً للضرر كما صرّح به في الدروس ،ولعل ذلك من السياسات، بناء على أن للحاكم ذلك ونحوه، و حينئذ لاينحصر الأمر في ذلك ، فله حينئذ بيعه عليهم ، مع كونه مقتضاها ، كما عن بعض العامّة من كون ذلك وجهاً ، أمّا مع قطع النظر عنها فالمتجه ما صرح به بعضهم من عدم وجوب بيع المشترك مع التنازع ،وعدم إمكان القسمة وانتفاء المهاياة ، لأصلي عدم الوجوب، وعدم صحة البيع عليهم .

و على كلّ حال فقد ذكروا في الضرر المانع من الإجبار على القسمة أقوالاً

ثلاثة : أولها : أنه عبارة عن نقصان العين أو القيمة ، نقصاناً لا يتسامح فيه عادة ، لأن فوات المالية مناط الضرر في الأموال ، فيندرج حينئذ في قاعدة « لا ضرر و لا ضرار » مؤيدة بأصالة عدم القسمة الشرعية السالمة عن معارضة إطلاق أو عموم تقتضيها ، وبذلك وغيره ترجح على قاعدة وجوب إيصال الحق إلى مستحقه الطالب له .

ثانيها : أنه عبارة عن عدم الانتفاع بالمال أصلاً .

ثالثها : عدم الإنتفاع به منفرداً كما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن يكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعاً ضيقاً لا ينتفع به في السكنى ، و إن أمكن الإنتفاع به في غير ذلك .

ولا يخفى عليك ما في الثاني و الثالث ضرورة اقتضاء قاعدة نفي الضرر والضرار الاعم من أولهما ، وقاعدة وجوب ايصال الحق إلى مستحقه الطالب له ما ينافي ثانيهما ، فتعين حينئذ تفسيره بالأول ، ولو فرض الضرر على أحدهما بالقسمة ، والآخر بعدمها، فزع إلى الترجيح ، و مع فرض التساوي الى القرعة ، هذا كله في الضرر الناشي من حيث كونها كذلك .

أما الضرر الخارج عنها المترتب على حصولها ففي مساواته للضرر منها وعدمه وجهان ، و المتولي للجبر في مقامه الحاكم ، أو أمينه ، بل الظاهر قيام العدول هنا مقامه مع تعذره ، ولو تعذر الجبر قسم الحاكم ، بل لعل ذلك كذلك بمجرد امتناعه ، كما ذكرناه في نظائره بل الظاهر قيام الحاكم مقامه مع غيبته و طلب الشريك القسمة، خصوصاً مع تضرره بعدمها ، بل ربما احتمل أو قيل : بقيام الشريك مقام شريكه فيها مع فرض منع ظالم له ، وإرادة قبض حقه فينوي الشريك حينئذ القسمة مع الغاصب ، و تكون قسمة ، لكنه كما ترى . وقد تقدم لنا سابقاً البحث في ذلك .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لا يقسم الوقف﴾ وإن كان مشتركا بين أربابه ، بلا خلاف أجده فيه ، ﴿لأن الحق ليس بمنحصر في المتقاسمين و﴾ لا ولاية للمتولي على ذلك نعم ﴿لو كان الملك الواحد وقفاً و طلقاً صح قسمته ، لأنه تمييز للوقف عن غيره﴾

و ظاهره عدم الفرق في ذلك بين تعدّد الواقف و اتحاده ، و تعدد المصرف و اتّحاده ، كما صرّح به في الدروس قال : «ويجوز قسمة الوقف من الطلق لا الوقف ، وإن تعدد الواقف والمصرف» بل في القواعد « ولا يصحّ قسمة الوقف لعدم انحصار المستحق في القاسم ، وإن تغاير الواقف اى مع تغاير الموقوف عليه أو بدونه ، كأن يقف أحد الشريكين في هذه البستان حصته على زيد وأولاده والآخر حصته عليهم أو على عمرو و أولاده» .

لكن في الحدائق الموافقة على ذلك مع اتحاد الموقوف عليه ، سواء تعدد الواقف أو اتحد قال : «وأما لو تعدد الواقف والموقوف عليه بأن كانت الدار مشتركة بين زيد و عمرو نصفين مثلاً ، فوقف زيد نصفه على ذرّيته ، وعمرو نصفه على ذرّيته ، فإنه يجوز للموقوف عليهم من الطرفين قسمة هذا الوقف . بأن يميز أحد النصفين عن الآخر ، كما يميز الوقف عن الطلق» وقد سبقه إلى ذلك الفاضل في محكي التحرير قال : «ولو قيل: بقسمة الوقف بعضه من بعض مطلقاً ، أمكن إذ القسمة ليست بيعاً ، والأقرب عدم جوازها ، إذ البطن الثاني يأخذ الوقف عن الواقف ، و لا يلزمه مافعل البطن الاول ، ولو تعدد الواقف و الموقوف عليه فالأقرب جواز القسمة » انتهى .

وفيه : أن المانع أيضاً متحقق ، وهو عدم إنحصار الحق في الحاضرين ، و عدم ثبوت ولاية المتولي على المعدومين بالنسبة إلى ذلك ، لكن الإنصاف أن ذلك يقتضي عدم جواز قسمة الوقف من الطّلق، باعتبار عدم انحصار الحق في القاسمين مع ذي الطلق و احتمال أن القاسم معه الواقف ـ مع أن مثله يأتي في الفرض ـ يدفعه خروج المال عن ملكه بالوقف ، فلاحق له حينئذ كما لو باعه .

فالتحقيق أن الوقف متى كانت قسمته منافية لما اقتضاه الوقف باعتبار اختلاف البطون قلّة و كثرة و نحو ذلك لم يجز قسمته ، أما إذا لم يكن كذلك كما في المثال ، بل فيما لو اتحد الواقف وتعدّد المصرف ، مثل ما لو وقف نصف داره على زيد مثلاً و ذرّيته والآخر على عمرو وذرّيته لم يكن بأس في قسمته ، إلا أن المتولي لها الحاضرون من الموقوف عليهم ، و وليّ البطون وليس ذلك مقتضياً لدخول بعض أجزاء كلّ نصف

في الآخر و إلاّ لاقتضى ذلك في الطلق و الوقف و إنّماهي تمييز أوأن نحوذلك يغتفر فيها ، و بذلك يظهر ما في الذي حكيناه عن الشهيد في الدروس ،و أمّا إطلاق المصنف و نحوه فيمكن تنزيله على غيرماسمعته من الصورة بل قد يقال بجواز القسمة في مقام يجوز البيع ، ضرورة أولويتها منه ، قال في التحرير « ولوأشرف على الهلاك واقتضت المصلحة قسمته فالوجه الجواز ، كماأجزنا البيع حينئذ » ثمّ إن الظاهر مشروعية قسمة الوقف من الطلق ، و إن استلزمت ردّاً من الموقوف عليه ، لكن هل تكون الأجزاء المقابلة للردّ وقفاً أوملكاً وجهان : أقواهما الثاني .

نعم لوكان الردّ عوض وصف كالجودة و الرداءة ، إتجه كونه حينئذ وقفاً ، كماصرّح به في القواعد و غيرها ، : قال : «ولوكان بعض الملك طلقاً صحت قسمته مع الوقف و إن اتحد المالك ، ولوتضمنت ردّاً جاز من صاحب الوقف خاصّة ، فان كان في مقابلة الوصف فالجميع وقف»والله العالم ويأتي إنشاء الله الكلام في غيرذلك من أحكام القسمة ، فان المصنف و غيره قد اطنبوا فيها في كتاب القضاء و الله المؤيّد والمسدّد .

الفصل ﴿ الثالث ﴾

﴿ في لواحق هذا الباب ﴾ .

﴿وهي مسائل : الأولى لودفع إنسان دابّة﴾ مثلاً ﴿و آخر راوية إلى سقاء على الاشتراك في الحاصل ، لم تنعقد الشركة﴾ قطعاً ،لأنها مركبة من شركة الأبدان والأموال مع عدم المزج ، والكلّ باطل وفي محكي المبسوط ﴿و﴾ لايمكن أن يكون إجارة ، لأن الأجرة فيها غير معلومة ف ﴿كان مايحصل﴾ حينئذ ﴿للسقاء عليه أجرة مثل الدّابة و الراوية﴾ وقيل : إنهم يقتسمون أثلاثاً ، و يكون لكل واحد منهم على صاحبيه ثلثا أجرة ماله و نفسه ، و يسقط الثلث لأن ثلث النفع حصل له ،و في الناس من حمل الوجه الأوّل على أنه إذاكان السقاء يأخذ الماء من ملكه ، و الثاني

على أنه إذا أخذه من ماء مباح ، و هذا ليس بشيء لأنه إذا أخذه من موضع مباح فقد ملكه ، والوجهان قريبان ، و يكون الأول على وجه الصلح ، والثاني مر فيه الحكم ، بل في المختلف أن ماقربه الشيخ قريب» .

قلت: و لعل مراد الشيخ أنه يمكن أن يكون الاول على وجه الصلح إذا أراده أما مع عدمها فمر الحكم فيه ، الثاني [1] الذى هو الموافق للضوابط و على كل حال فتحقيق هذه المسألة و مسألة الاحتطاب الآتية و ماشابهها من المسائل مبني على التحقيق في أن الوكالة في حيازة المباحات جائزة أولا ؟ الظاهر الأول خلافاً لماتسمعه من المصنف في كتاب الوكالة ، ومن أن التملك بالحيازة مفتقر إلى نية الملك بها أو إلى عدم نية عدم الملك ، أو كونه للغير كما تسمع البحث فيه انشاء الله .

وحينئذ فصاحب الراوية والدابة إن كانا قد وكلا السقاء في الحيازة لهما أو أمراه بذلك مثلا وقد حازه بنيتهما مع نفسه ، إتجه حينئذ شركة الجميع بالماء ، وكان لكل منهم ثلثا الاجرة على الاخرين ، فإن تساوت لم يرجع أحدهم على الآخر بشيء ، وإلا رجع بالتفاوت ، فلو فرض كون الماء مثلا يبيع بأربعة و عشرين ، وكان أجرة مثل السقاء خمسة عشر ، والدابة اثنى عشر ، والقربة ثلاثة ، كان للسقاء منها ثلاثة عشر ، و لصاحب الدابة عشرة ، ولصاحب القربة واحد ، و ربما تكون أجرة المثل أزيد من الحاصل ، ولذا احتمل بعض أن له أقل الأمرين من الحصة و أجرة المثل ، إلا أنه كما ترى .

و إن لم يكن ثم توكيل وقد حازه بنية الجميع ، و لم نقل بجريان الفضولية في نحوه ، أولم تحصل الاجازة ، أشكل ملكه له أيضاً بناء على اعتبار نية الملك في الحيازة ، ضرورة كون الفرض نية الملك للغير معه ، فضلا عن نية التملك ، بل حينئذ هو باق على الاباحة الاصلية ، يملكه إذا جدد النية .

نعم لو قلنا بالملك قهراً حتى مع نية الملك للغير التي فرضناها ، اتجه حينئذ كونه ملكا له ، ومن ذلك يظهر لك مافي اطلاق المصنف الذي تبعه عليه الفاضل في القواعد

---

(١) هكذا في النسخ ولعل الصحيح «والثاني هو الموافق للضوابط» .

خصوصاً مع تردده الآتي ، ولذا ناقشه الكركي بنحو ذلك ·

و كيف كان فلودفع اليه دابة مثلا ليحمل عليه مال غيره مثلا بالاجرة ، و الحاصل لهما فالشركة باطلة قطعا لماعرفت .

لكن إن كان العامل قد آجر الدّابة فالأجر لمالكها كما في القواعد وجامع المقاصد ، وفي الأخير وعليه أجرة مثل العامل ، وإن كان الحاصل يفي باجرة مثل الدّابة والعامل فذاك ، وإن قصّر تحاصّا كل على قدر أجرة مثله ، سواء كان ذلك بسؤال العامل ، أو سؤال المالك ، أو سؤالهما ، وفي القواعد « تحاصّا إن كان بسؤال العامل ، وإلّا فالجميع » وعن الشهيد احتمال وجوب اقل الأمرين من الحصّة المشروطة ، والحاصلة بالتحاصّ ، ووجوب الأقلّ إن كان بسؤال العامل والأكثر إن كان بسؤال المالك .

لكن لا يخفى عليك قوة ما ذكرناه أوّلا ، لأن الفرض حصول الرضا ، منهما معاً بذلك ، سواء كان بسؤال المالك أوالعامل أو بسؤالهما معاً نعم قد يشكل الحكم بان الأجرة لمالك الدّابة ، مع أنه لم يصدر منه إلاّ الأذن بتلك المعاملة الفاسدة ، فينبغي حينئذ أن تكون إجارتها من الفضولي ، أللهم إلاّ أن يقال بالاكتفاء بهذه الإذن كما تسمع نظيره في القراض ، هذا كله إذا آجر عين الدّابة .

أما إذا تقبّل حمل شيء في ذمّته ثم استعمل الدّابة فيه ، فالأجرة المسماة حينئذ له ، وعليه أجرة المثل للدّابة بالغة ما بلغت كما في القواعد وجامع المقاصد، بل في الاخيرين ولو آجر نفسه للحمل على هذه الدابة بكذا ، إتّجه أن يكون الاجرة المسماة له ، ولمالك الدّابة اجرة المثل ، فتأمّل ، فانه قديجرى بعض الكلام السابق أو جميعه هنا ، كما أنه لا يخفى عليك الاشكال في اصل المسألة ، ضرورة إمكان صحتها على الضوابط وإن زعما حصول الشركة العنانية بذلك فانه زعم خارج .

وحينئذ يكون المسمّى المقابل لمنفعة الدّابة ، وعمل العامل لهما معا يقسّم فيما بينهما على حسب اجرة مثلهما ، كما لو استوجرا مثلا على هذا الوجه ، امّا لو فرض وقوع ذلك على وجه الشركة الباطلة ، فلا وجه لاختصاص المالك بأجرة

الدّابة المفروض كونها في مقابل الدّابة والعمل ، كما لا وجه للتحاص في الحاصل ضرورة ثبوت اجرة المثل في الذمة على المستوفي ، لا في خصوص الحاصل المفروض حصوله بالمعاملة الفاسدة . فالتحقيق الرجوع في المسألة ونظائرها إلى ما تقتضيه القواعد العامّة التي منها يعلم ايضاً ما ذكره في الجامع اخيراً .

ولو كان من واحد دكان ، ومن الآخر رحى ، ومن ثالث بغل ، ومن رابع عمل على أن يكون الحاصل بينهم ، فلا ريب في بطلان الشركة ، ثمّ إن كان عقد اجرة طحن الطعام من واحد ، ولم يذكر اصحابه حتى في النيّة ففي القواعد وجامع المقاصد « الاجرة المسمّى له ، وعليه اجرة المثل لاصحابه ، وإن نواهم او ذكرهم على وجه التزموا بطحنه ارباعاً ، فالاجر بينهم ارباعاً ، ويرجع كلّ واحد منهم على كل واحد من أصحابه بربع أجرة مثله إذ هو كما لو استأجر الجميع على طحن هذا الطعام بكذا ، فانّ الاجر بينهم أرباعاً لأن كل واحد منهم لزمه طحن ربعه بربع الأجرة ، ويرجع كل واحد منهم على كل واحد بربع أجرة مثل العمل الصادر منه أو من دابته ومنفعة دكانه .

نعم لو استأجر الدكان والبغل والرحي والرجل بكذا لطحن كذا فالأجر بينهم على قدر أجر مثلهم ، لكلّ واحد من المسمى بقدر حصته ، نحو ما لو باع المالين مثلا لرجلين بثمن واحد ، لكن لا يخفى عليك جريان ما ذكرناه سابقاً من الفضولية ، بل وجريان بعض ما ذكروه من الكلام السابق من التحاص في المسمّى ، ونحوه إلاّ أن تفصيل الكلام في ذلك محتاج إلى إطناب تام لا يسعه المقام وإن كان هو لا يخفى على الضابط لقواعد الفقه العامة المحيط بما اسلفنا وما يأتي لنا .

وكيف كان فمما ذكرناه سابقاً يظهر لك الحال فيما ذكره المصنف في المسألة ﴿ الثانية ﴾ وهي ما ﴿ لو حاش صيداً أو احتطب أو احتش بنية أنه له ولغيره ، لم تؤثر تلك النية وكان ما جمعه له ﴿ خاصّة ﴾ ضرورة أنك قد عرفت اعتبار عدم التوكيل ، بل والاجارة في عدم تأثير النية وإلاّ كان تأثيرها الملك للغير ، ويمكن أن يكون المصنف بنى ذلك على اختياره عدم قبول مثل ذلك الوكالة .

نعم جزمه بأن ما جمعه له خاصة مبني على ما سمعت من أن المباح يملك بمجرد الحيازة ، ولا عبرة بالنية وإن كانت للغير ولكن من الغريب ذلك منه مع قوله متصلاً به « وهل يفتقر المحيز في تملك المباح إلى نية التملك ؟ قيل : لا وفيه تردد » ونحوه وقع للفاضل في القواعد اللّهم إلا أن يقال : المعتبر في الحيازة من النية على القول بها نية أصل الملك ، بمعنى عدم كون الحيازة لغرض آخر غير أصل الملك ، ولا ريب في أن نية أصل الملك متحققة فيما نحن فيه ، وإنما فقد كونه له باعتبار فرض كون القصد له ولغيره فلا ينافي حينئذ الجزم بالملك ، التردد في اعتبار النية ، ضرورة كون المحوز له على التقديرين ، أمّا على القول بكونها من السبب القهري حتى مع النية للغير فواضح ، وأما على الثاني فالنية لأصل الملك محققة ، وإن لم ينفع للغير ، لعدم التوكيل والاجارة ، أو لعدم مشروعيتهما .

وكيف كان فقد قيل في وجه التردد : من أن اليد والسلطنة سبب في الملك ، ولهذا تجوز الشهادة بمجرد اليد من دون توقف على أمر آخر ، ولأن الحيازة سبب لحصول الملك للمباح في الجملة قطعاً بالاتفاق ، لأن أقصى ما يقول المشترط للنية أنها سبب ناقص ، فحصول الملك بها في الجملة أمر محقق ، واشتراط النية لا دليل عليه ، فينفى بالأصل ، ومعارضة ذلك ـ بأصالة عدم حصول الملك للمباح إلا بالنية ـ تقتضي تساقطهما فيبقى سببية اليد من غير معارض .

ومن أنه قدتكرر في فتوى الأصحاب أن مايوجد في جوف السمكة ممايكون في البحر يملكه المشتري ، ولا يجب دفعه إلى البايع .

وأيد الأول في جامع المقاصد بأنه « لو اشترطت في حصول الملك لم يصح البيع قبلها ، لانتفاء الملك ، والثاني معلوم البطلان ، لاطباق الناس على فعله في كل عصر من غير توقف على العلم بحصول النية ، حتى لو تنازعا في كون العقد الواقع بينهما ، أهو بيع أو استنقاذ لعدم نية الملك ، لا يلتفت إلى قول من يدعي الاستنقاذ.

ثمّ حكي عن فخر المحققين أنه أورد ذلك على والده العلامة ، فأجاب عنه بأن إرادة البيع تستلزم نية التملك ، واعترضه بأنه إنما يتم فيمن حاز وتولى هو

البيع ، أما إذا تولاه وارثه الذي لا يعلم بالحال أو وكيله المفوّض إليه جميع أموره التي منها بيع ما حازه من المباحات لم يندفع السؤال ، قال : « ويرد عليه أيضاً أنّ حيازة الصبي والمجنون على ما ذكره يجب أن لا تثمر ملكا جزماً ، لعدم العلم بالنية وعدم الاعتداد باخبارهما ، خصوصاً المجنون ، ولو خلّف ميت تركة فيها ما علم سبق كونه مباح الأصل ، ولم يعلم نية التملك ، لا يجب على الوارث تسليمها في الدين والوصية ، وإلاّ صح عدم اشتراطها ».

قلت : لا يخفى عليك ما في جميع هذا الكلام ، ضرورة أن الوجه الأوّل من التردّد إن أريد به أن السلطنة واليد فيما نحن فيه سبب في الملك كان مصادرة محضة وإن أريد به أنّ ذلك سبب في الحكم بالملك كما هو مقتضى ما ذكره من التعليل كان خروجا مما نحن فيه ، وذلك لأن الحكم بملكية ما في اليد لسبب من أسبابها لا يقتضي كونها هي نفسها سبباً ، وهو محلّ البحث ، وتعارض الأصلين ـ بعد تسليم كون الأوّل منهما أصلاً معتداً به ـ وإن اقتضى تساقطهما ، لكن دعوى بقاء سببية اليد بحالها لا معارض لها واضحة الفساد ، لعدم دليل يقتضي ذلك على وجه يجدي فيما نحن فيه .

وأما الوجه الثاني ، فيمكن المناقشة فيه أولا : بمنع أن ما في بطن السمكة مما لا يعدّ جزء لها ولا كالجزء ، مثل غذائها يعدّ محوزاً بحيازتها ، ولو سلّم فأقصى ما يلزم اشتراطه إما القصد إلى المحوز بالحيازة ، أو الشعور به ولو تبعاً ، أما نية التملّك فلا .

وأما التأييد ففيه أن اطباق الناس الذي ذكره إنما يفيد الحكم بملكية ما في اليد ، لحصول سببه ، لا أنه يقتضي كونها سبباً في الملك وإن علمنا تجرّده عن النية ومنه يعلم ما في مناقشته بما لو خلّف ميت تركة إلى آخره ، بل وبما ذكره من الصبي والمجنون ، باعتبار إمكان الحكم بملكية ما في أيديهما أيضاً من غير حاجة إلى إخبارهما ، والمراد بنية التملّك عند القائل بها هي القصد بالحيازة ، ودخول المحوز تحت اليد والسلطنة العرفية ، فيتبعها الملك الشرعيّ ، بل قد يقال إن المباحات هي

ملك لكافة الناس ، لقوله تعالى [1] « خلق لكم ما في الارض » والحائز بحيازته يسبق إلى الخصوصية نحو ملك شخص الفقير لشخص الزكاة المملوكة جنساً لجنس الفقراء وحينئذ فالمراد بفاقد النية غير المقصود بالحيازة للادخال تحت الحوزة والسلطنة ، كمن حوّل ترابا عن طريق أوحجراً ونحو ذلك مريداً التمكّن من عبوره ، أو قطع غصن شجرة مباحة عن مكان يريد السكنى فيه ، ونحو ذلك مما لا يريد إدخاله تحت حوزته ، فانه بذلك لا يدخل في ملكه ، ولا يمنع من أخذه ، ولا يخرج عن أصل الاباحة ، وكذا من حفر بئرا في المباح لمجرّد الارتفاق ، كما عن الشيخ المحكي عنه اعتبار النية ، قال في باب إحياء الموات من المبسوط : « إذا نزل قوم موضعا من الموات فحفروا فيه بئرا يشربوا منها ، ويسقوا غنمهم ومواشيهم منها مدة مقامهم ، ولم يقصدوا الملك بالاحياء ، فانهم لا يملكونها بالاحياء ، لأن المحيي إنما يملك بالاحياء إذا قصد تملكه » وهو كالصريح فيما ذكرناه من نية التملك .

بل يمكن من ذلك أن يكون النزاع لفظيا ، فان القائل بعدم اعتبارها إنما يريد الاكتفاء بقصد الحيازة ، وادخال المحوز تحت الحوزة والسلطنة العرفية ، لا أنه يقول بالملك قهرا كالارث ، وإن لم يقصد بالحيازة ذلك ، ضرورة عدم كون ذلك حيازة عند التحقيق ، وحينئذ يتجه حصول أثرها في المجنون والصبي المميز مع فرض حصول قصدها منهما كما صرّح به بعضهم بل ظاهر الفخر وغيره المفروغية منه بل هو مقتضى السيرة والطريقة سيما في الصبي ، وبذلك ونحوه يترجح ما يقتضي ترتب الملك بها على ما دلّ على عدمه من قوله عليه السلام [2] « لا يجوز أمره » ونحوه مما يقتضي سلب المجنون والصبيّ عن التملك الاختياري ، ولو بالافعال التي منها الحيازة والالتقاط .

وبالتأمّل فيما ذكرناه يظهر لك ما في كلام جملة من الأعيان منهم الكركي

(١) سورة البقرة الاية - ٢٩ - .

(٢) الوسائل الباب - ٢ - من ابواب احكام الحجر الحديث - ١ - .

وغيره ، بل لو قلنا بعدم لفظية النزاع كان وجه التردّد في المتن وغيره دعوى ظهور قوله عليه‌السلام (١) « من أحيا أرضا ميتة فهي له » الذي هو كالقول بأنّ من حاز شيئاً فهو له في الملكيّة قهراً ، وأنه من باب الأسباب ، فلا تعتبر النيّة ، ومن كون المراد بذلك القصد بالإحياء والحيازة الى دخول المحوز تحت الحوزة ، والسلطنة ، بل لا يعدّ غيره حيازة فاعتبرت النيّة بهذا المعنى ، ولعلّ الأقوى ذلك ، كما أن الأقوى عدم اعتبارها ان أريد بها انشاء قصد التملّك الذي يمكن دعوى السيرة بل الضرورة على خلافه ، وربما يأتي لذلك مزيد تحقيق في محلّه انشاء الله ، فان البحث عن ذلك انما ذكر استطرادا والله العالم المؤيد .

المسألة ﴿ الثالثة : لو كان بينهما مال بالسويّة فاذن أحدهما ﴾ خاصة ﴿ لصاحبه في التصرف ﴾ بالمال المشترك ﴿ على أن يكون الربح بينهما نصفين ، لم يكن قراضا ، لأنه لا شركة للعامل في مكسب مال الآمر ﴾ وهو حقيقة القراض ، اذ المفروض كون المال بينهما نصفين ، فنصف الربح الذي يستحقه ، انما هو لكونه شريكا في المال ، ولا شيء له من الربح زايدا على ذلك في مال الآمر كي يكون قراضا ﴿ ولا شركة ﴾ اصطلاحيّة ﴿ وان حصل الامتزاج ﴾ في المال ، لعدم كون العمل منهما ﴿ بل ﴾ لا ﴿ يكون ﴾ المال في يد العامل الآ ﴿ بضاعة ﴾ وذلك لأنّ حصة الشريك مال مبعوث للتجارة في يد الوكيل قال في الصحاح : البضاعة طائفة من المال تبعثها للتجارة ، تقول أبضعته واستبضعته : أي جعلته بضاعة ، وفي المثل كمستبضع تمرا الى هجر ، وبنحو ذلك صرّح في القواعد ، لكن لا يخفى عليك بناؤه على اعتبار العمل منهما في الشركة ، وقد عرفت البحث فيه سابقا كما أنّك عرفت الحال فيما لو شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المالين والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة : اذا اشترى أحد الشريكين متاعا ، فادّعى الآخر أنه اشتراه لهما وانكر ﴾ فلاإشكال ولا خلاف ﴿ فـ ﴾ ى أن ﴿ القول قول المشتري مع يمينه ، لانه أبصر بنيته و ﴾ كذا ﴿ لو ادّعى أنه اشترى لهما ، فأنكر الشريك فـ ﴾

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢ ـ من ابواب احياء الموات الحديث ـ ١ ـ .

إن ﴿ القول أيضاً قوله ﴾ بيمينه ﴿ لمثل ما قلناه ﴾ من كونه أبصر بنيته بعد فرض كونه أميناً ، بل لو ادعى عليه التصريح في العقد بكون الشراء للشركة مثلا أمكن تقديم قوله لان الاختلاف في فعله ، ولان ظاهر يده يقتضي الملك .

نعم لو قال كان مال الشركة وخلص لي بالقسمة ، كان القول قول الآخر في انكار القسمة بيمينه ، كما هو واضح .

المسألة ﴿ الخامسة : لو باع أحد الشريكين سلعة بينهما ، وهو وكيل في ﴾ البيع و ﴿ القبض ﴾ للثمن عن صاحبه ﴿ فادعى المشتري تسليم الثمن ﴾ أجمع ﴿ الى البايع ﴾ الذي هو الوكيل ﴿ وصدقه الشريك ﴾ الموكل ﴿ برء المشتري من حقه ﴾ قطعاً ، لاعترافه بالوصول الى وكيله على القبض ﴿ و ﴾ هو الشريك البايع ، بل لو وقعت الدعوى بين المشتري والبايع ﴿ قبلت شهادته ﴾ أي الشريك المصدق اذا كان عدلاً ﴿ على القابض في النصف الآخر ﴾ الراجع اليه ﴿ وهو حصة البايع لارتفاع التهمة عنه ﴾ بجر النفع اليه ﴿ في ذلك القدر ﴾ لكن اذا كانت شهادته التي أداها بوصول حقه اليه ، أما اذا كانت بوصول جميع الثمن اليه ، والفرض عدم قبولها بمايرجع اليه ، لكونه مدعياصرفا ، و لجر النفع اليه في ذلك أمكن عدم قبولها أيضا في حق البايع ، بناء على أن الشهادة متى ردت في البعض ردت في غيره ، وان كان لنا فيه نظر ، بل ظاهر الفاضل في قواعده القبول ، بل لعله ظاهر المتن هنا أيضا ، لو لا قوله فيما يأتي : والمنع في المسألتين أشبه .

نعم لو تقدمت خصومة الشريك مع شريكه البايع على الخصومة بينه وبين المشتري ، أمكن حينئذ ردها للخصومة حينئذ ، بناء على قدحها في الشهادة ، و بهذا يظهر لك ان هنا خصومتين احداهما بين البايع والمشتري ، والثانية بين الشريكين ، فان تقدمت الاولى فطالب البايع المشتري بنصيبه من الثمن ، فادعى الاداء واقام البينة - لوكان أحدأجزائها الشريك المقر على الوجه الذي عرفت - برء من الحقين بالاقرار والبينة ، وان لم تكن له بينة حلف البايع أنه لم يقبض ، فيستحق أخذ نصيبه ، ولا يشاركه فيه الآخر ، لان اقراره بقبض البايع او لا يقتضي ان يكون ما

قبضه ثانيا بيمينه ظلما ، فإن نكل عن اليمين ردت على المشتري ، فإذا حلف أنه اقبضه الجميع انقطعت عنه المطالبة فإن نكل الزم بنصيب البايع فقط ، لاصالة بقاء الثمن في ذمته ، كما هو واضح .

ثم ان كان المشتري قد اقام البيّنة باقباضه البايع جميع الثمن ، كان للآذن المطالبة بحصته قطعا ، امّا اذا كان ذلك بشاهد ويمين ، او باليمين المردودة فلا ، وان قلنا انها كالبيّنة ، لانها كذلك في حق المتخاصمين فيما تخاصما فيه ، لا مطلقا .

نعم للشريك حينئذ احلاف البايع على عدم قبض حصّته فان نكل حلف الآذن اليمين المردودة ، واخذ منه ، وليس للبايع الرجوع بذلك على المشتري ، ولا مخاصمته لانه بزعمه ظالم .

وربما نوقش بانّ ذلك لا يسقط حق الدعوى ، بعد ان كان وكيلا عن الشريك في القبض ، وقد اغرم للموكّل حصّته .

ويدفعها انّ اعتراف الشريك بقبض البايع يقتضي انعزاله بفعل متعلّق الوكالة بل يقتضي سقوط حقّ الدعوى له على المشتري .

وفي جامع المقاصد « انه يمكن ان ينظر بوجه آخر ، وهو انّ البايع قد ادى عن المشترى بامر الحاكم فله الرّجوع ، ويجاب بانّ ذلك انما هو مع تحقق الدين وهنا قد برء المشتري منه باقرار الآذن ، ويمكن ان يقال : انّ اقراره انما ينفذ في حقه ، لا في حق البايع ، ونحن لا نلزم المشتري بالدين جزما ، ليكون ذلك متوقّفا على ثبوته ، وانما تجوز له المخاصمة ، والطلب على تقدير الثبوت » .

قلت : فيه ما لا يخفى من عدم الحقّ للبايع ، بعد اعتراف صاحب الحقّ انه لا حقّ للبايع على المشتري ، فكيف تتصوّر المطالبة بحقّ يعترف صاحبه بسقوطه . نعم قد يقال : انّ له المقاصّة مع امكانها ، من غير فرق بين هذا الحقّ وغيره ، فتأمّل جيّداً .

ثمّ اعلم انّ نكول البايع في خصومة المشتري لا يمنع من حلفه في خصومة الشريك ، لانها خصومة اخرى ، وبالعكس ، وقد عرفت انّ اليمين المردودة كالاقرار

او كالبيّنة في حقّ المتخاصمين لا مطلقا ، هذا فيما اذا تقدّمت خصومة البايع مع المشتري ، امّا اذا تقدّمت خصومته مع الشريك فالحكم كما عرفت ، غير انّ شهادة الشريك حينئذ على البايع في الخصومة مع المشتري يشكل قبولها بما عرفت ، واما المشتري فعلى كل حال لاتقبل شهادته ، لانه مدّع ﴿ و ﴾ لعلّ المصنف انمايتعرض للصورتين نظرا الى عدم وجود كثير فرق ، او الى عدم قبولها على التقديرين لما عرفت، هذا كله فيما لو ادعى المشتري التسليم الى البايع .

امّا ﴿ لو ادّعى تسليمه الى الشريك ﴾ الاذن ﴿ فصدّقه البايع ﴾ وكان قد اذن له في ذلك فالحكم كما عرفت . نعم اذا لم يكن مانونا من البائع ﴿ لم يبرء المشتري من شيء من الثمن ، لانّ حصّة البايع لم تسلم اليه ولا الى وكيله ﴾ فيجب عليه دفعها له من غير يمين ﴿ و ﴾ الفرض انّ ﴿ الشريك يتكره ﴾ فكان القول قوله مع يمنيه ، فاذاحلف أدّىالمشتري جميع الثمن ﴿و﴾ لكن ﴿ قيل تقبلشهادة البايع ﴾ هنا على الشريك في وصول حقّه اليه ، كما قبلت شهادة الشريك عليه في المسألة السّابقة ، لعدمالتّهمة ، باعتبار بقاء حقّه عندالمشتري ، و فيه أنّ التهمةهنا باعتبار إرادة استقلاله بما يأخذه من المشتري ، إذ الشريك له مشاركته فيما يأخذه منه ، لكون الثمن مشتركا بينهما .

﴿و﴾ من هنا قال المصنف ﴿المنع فيالمسألتين أشبه﴾ بأصول المذهبوقواعده وإن كنت قد عرفت تفصيل الحال فيالمسألة . نعم لوفرض اندفاعها هنا من هذهالجهة بابراء البايع و نحوه ، إتّجه القبول ، و مما ذكرنالك سابقاً يظهرلك الوجه هنا في الخصومتين ، بل الظاهر توجّه اليمين هنا على الشريك مرّتين ، إحداهما للمشتري بأنه لم يقبض منه شيئاً ، والثانية إذا أراد الشركة مع البايع فيما أخذه من المشتري لأنه يدّعي عليه وصول حقّه اليه ، ولايسقط هذا اليمين عنه باليمين فيخصومتهمع المشتري التي هيخصومة أخرى، ولايرجع البايع علىالمشتري بماأخذه منه الشريك لاعترافه بكونه ظالماله فيه ، كما هو واضح .

المسألة ﴿السادسة: لوباع اثنان عبدين ،كلواحد منهما لواحد منهمابانفراده

صفقة بثمن واحد ، مع تفاوت قيمتهما قيل : يصح ﴾ البيع ويكون الثمن مشتركاً بينهما على نسبة قيمةماليهما ، للاصل السالم عن معارضة الجهالة بالثمن ، لعدم الدليل على اعتبار العلم أزيد من ذلك ، و هو العلم بمجموع الثمن ، وقد حصل ، أما حال الاجزاء فيكفي حينئذ مقابلة جميع الثمن لجميع المبيع ، و استواء نسبة الملاك إلى الابعاض ، وكذا لو آجرا أنفسهما صفقة بأجرة معيّنة ﴿ و قيل : يبطل لأنّ الصفقة تجري مجرى عقدين ، فيكون ثمن كلّ واحد منهما مجهولاً ﴾ لكن فيه ماعرفت كما أوضحنا ذلك في كتاب البيع .

﴿ أما لوكان العبدان لهما ﴾ على الشركة ﴿ أوكانا لواحد جاز ﴾ بلاخلاف ولاإشكال بل ﴿وكذا لوكان لكل واحد قفيز من حنطة﴾ مثلاً متساوية القيمة﴿على انفراده فباعاهماصفقة ، لانقسام الثمن عليهما بالسويّة﴾ فلاجهالة حينئذ كما هوواضح.

المسألة ﴿ السابعة : قد بيّنا أن شركة الابدان باطلة ﴾ فلو وقعت و آجرا أنفسهما مثلاً بعنوان الشركة ﴿فإن تميّزت أجرة عمل أحدهما عن صاحبه﴾ بالتسمية ﴿ اختص بها ﴾ ولا يشاركه الآخر فيها لما عرفت من بطلان عقد الشركة ، ﴿ و إن اشتبهت ﴾ كأن لم يسمّ لاحدهما أجرة مخصوصة ، ﴿ قسّم حاصلهما على قدر أجرة مثل عملهما ، و أعطي كل واحد منهما ما قابل أجرة مثل عمله ﴾ نحو ما سمعته في بيع المالين المتفاوتين بالقيمة بثمن واحد ، كما هوواضح .

لكن في المسالك « في المسألة وجهان آخران ، ذكرهما العلاّمة ، أحدهما : تساويهما في الحاصل من غير نظر إلى العمل ، لاصالة عدم زيادة أحدهما على الآخر ، وأن الاصل مع الاشتراك التساوي ، ولصدق العمل على كل واحد منهما ، والاصل عدم زيادة أحدالعملين على الآخر ، والحاصل أنه تابع للعمل ، ويضعّف بمنع كون الاصل في المال والعمل التساوي ، و الثاني : الرّجوع إلى الصلح لان به يقين البراءة كما في كلّ مال مشتبه ، ولاشبهة في أنه أولى مع اتفاقهما عليه ، وإلاّ فما اختاره المصنف أعدل من التسوية » .

قلت : لايخفى عليك أن مفروض المسألة في المتن لاتأتي فيه الوجوه الثلاثة ،

بل ليس فيه إلاّ الوجه الذي ذكره المصنف ، و ذلك لان صريح العبارة أو كصريحها كون العمل من كل منهما معلوما ، إلاّ أنه لم يكن بأجرة مسمّاة ، وإنما سميت الاجرة لمجموع العملين بعنوان شركة الابدان من الاجيرين، وهذه ليس فيها بعد فرض صحّة الاجارة إلا التوزيع على أجرة مثل عمليهما ، نحو بيع المالين المنفردين لشخصين الذي تقدم الكلام فيه سابقاً .

و قد ذكرها العلامة سابقا على هذه المسألة فقال: «ولو باعا بثمن واحد ، أوعملا بأجرة واحدة تثبت الشركة ، سواء تساوت القيمتان أو اختلفتا ، ولكل منهما بقدر النسبة من القيمة» ومفروض العلاّمة في القواعد ليس فيه إلاوجهين التساوي بالاجرة والاصحّ الصّلح ، وهو ما إذا لم يتميّز عمل كل منهما ، قال «: وإذا تميّز عمل الصائع عن صاحبه إختص بأجرته ، ومع الاشتباه يحتمل التساوى والصلح » ، ومراده أنه مع تمييز العمل يختص بالاجرة ، ولو مايخصّه من التوزيع ، أمّا مع اشتباه العمل ففيه الاحتمالان ، وكان وجه الاول منهما اجتماع الاجرتين معاً في ذلك الحاصل ، لانه الفرض، والاصل عدم زيادة أحدهما على الآخر ولأن الأصل مع الاشتراك التساوي.

ولكن فيه أنّ الأصل المذكورممنوع هنا ، فإنّ زيادة مال شخص على آخر ونقصانه أومساواته له ليس أصلا ، إذ لارجحان لأحدهما على الآخر ، لابحسب العادة ولا في نفس الأمر و إنما يتحقق في مثل ما إذا اشتركا في السبب المملّك ، كما لوأقرّ لهما بملكية شيء ، أو أوصى لهما أو وقف عليهما ، فإنّ السّبب المملّك لهما هو الاقرار والوصيّة والوقف ، والأصل عدمها ، بخلاف مانحن فيه، فإنّ العمل الصادر من أحدهما غير الصادر من الآخر ، و استواءهما و تفاوتهما على حدّ سواء بالنسبة إلى النفي بالأصل ، فليس حينئذ إلاّ الصلح ، كما في كل مالين امتزجا ، وجهل قدر كل منهما ، بل لعلّ ذلك كذلك حتى لوتميز عمل أحدهما ، و جهل الآخر ، أوتميز بعض عمل كلّ منهما ، و جهل الباقي ، و بالجملة متى جهلت النّسبة بين العملين ، أللهم إلاّ أن يقال : إنّ التساوي هو الرّاجح منهما ، فيكون كالأصل ، لان فضله كالامر العدمي ، لكن لنافي ذلك نظر ذكرناه في محلّه ، وعلى كلّ حال فهو غيرموضوع

ما ذكره المصنف من العمل المتميز والله العالم .

المسألة ﴿ الثامنة : إذاباع الشريكان ﴾ مثلاً ﴿ سلعة ﴾ بينهما ﴿ صفقة ثم استوفى أحدهما منه شيئاً ﴾ ولو بنيّة أنه له ﴿ شاركه الآخر فيه ﴾ كما في كل دين مشترك بين اثنين فصاعداً ، و ذلك لان كل جزء جزء منه مشاع بينهما ، فإنّ ما في الذّمة إنما يخالف الشخصيّ الخارجي في الكلية والجزئية ، أمّا الإشاعة فهماعلى حدّ سواء فيها .

ففي المرسل عن أبي حمزة [1] قال: « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ، و منه غائب عنهما ، فاقتسما الذي بأيديهما ، وأحال كلّ منهمانصيبه من الغائب ، فاقتضى أحدهما ، ولم يقتض الآخر، قال : ما اقتضى أحدهما فهو بينهما ما يذهب بماله » .

و مثله خبر غياث [2] « عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام ، إلاّ أنه قال :«ما اقتضى أحدهما فهوبينهما ، ومايذهب بينهما» وكذا خبر محمد بن مسلم [3] عن أحدهما عليه السلام ، و معاوية بن عمّار [4] .

و في خبر عبدالله بن سنان [5] عن أبي عبدالله عليه السلام « سألته عن رجلين بينهما مال ، منه دين ومنه عين ، فاقتسما العين والدين ، فتوى الذي كان لأحدهما من الدّين أو بعضه ، و خرج الذي للآخر أيردّه على صاحبه ؟ قال : نعم ما يذهب بماله » .

لكن هذه النصوص بل والمتن وماشابهه مشتملة على الجزم بالشركة ، و ماذاك إلاّ لحصول الإذن من الشريك بالقبض ، ولو لزعم القسمة الفاسدة ونحوها ، وحينئذ يتجه الجزم بشركة المقبوض ، إنّما الكلام فيما إذاقبض أحد الشريكين حصته لنفسه من دون إذن شريكه ، و قد ذكر غير واحد من الاصحاب ، بل نسب إلى المشهورأنّ للشريك مشاركة الآخر فيما قبض ، وله مطالبة الغريم بمقدار حصته ، فيكون قدر الحصّة في يدالقابض ، كقبض الفضول إن أجازه ملكه ، وتبعه النماء ، وإن ردّه ملكه

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب -٦- من ابواب احكام الشركة الحديث -١ و ذيله -٢- .

القابض ، ويكون مضمونا عليه على التقديرين ، ولو تلف قبل إختيار الشريك كما في المسالك ، بل في التذكرة التصريح في تعيّن حقّه به ، ولا يضمنه للشريك ، وقد أطنب في المسالك في تحقيق ذلك ، وأنه من الفضولي ، و أنّ ذلك هو المراد من قولهم تخيّر الشريك بين الرجوع على الغريم ، وبين الشركة فيما قبضه شريكه .

والجميع كما ترى لا ينطبق على القواعد الشرعية، وذلك لانه وإن اتجهت الشركة مع إجازة القبض لهما ، بناء على تأثير مثل هذه الاجازة في مثله ، وإن كان فيه إشكال أو منع من وجوه ، بل لم نجده في المقام لغير ثاني الشهيدين ، لكن اختصاص القابض وملكه مع عدمها الاوجه له ، بل المتجه حينئذ بقاؤه على ملك الدّافع ، وذلك لان القابض ليس له إلاّ نصف المال المشاع بينه وبين شريكه ، ومع فرض عدم إجازة الشريك لم يكن المال المقبوض مال الشركة ، ونية الدافع أنه مقدار حصة القابض لاتنفع في ذلك و إن وافقتها نيّة القابض ، بل لو رضي الشريك يكون ذلك حصّة للقابض ، و ما في ذمة الغريم حصة له ، لم يجد ، لعدم صحّة مثل هذه القسمة .

و دعوى ــ جوازها لكنّها مراعاة بقبضه ، فان حصل تمّت ، وإلا رجع على القابض ، وشاركه فيما قبضه ــ تهجّس بلا دليل ، بل هو مخالف للمعروف من عدم صحة قسمة الدّين ، و للمعلوم من أنه مع عدم إجازة القبض على وجه يكون به المقبوض مالا للشركة لا يكون كذلك ، فكيف يعود إليه بعد عدم القبض ، وحينئذ فان لم يكن ثمّة اجماع أشكل الحكم بملك القابض جميع ما قبضه ، بعد عدم الاجازة ، بل ولا بعضه اللهم إلا أن يقال: إنه برضا الشّريك يكون المقبوض حصة للقابض بتمحض المقبوض مالاّ للشركة ، بل هو في الحقيقة اجازة لذلك .

نعم جعله حصة له ، لايتم قسمةً إلا بقبض الشريك مقابله ، على وجه يقع الرضا منهما معاً بأن لكل منهما ما في يده ، فمع فرض عدمه يبقى ذلك المال المقبوض على الشركة ، فله الرّجوع عليه ، وأخذ نصيبه منه ، إن لم يدخل في ملك القابض ، و ذلك الرضا الذي وقع من الشريك أولاً يكون ما قبضه حصّة له ، لا يفيده تمليكاً مع احتماله ، لكن على جهة التزلزل ، إلاّ أنّ الاقوى خلافه ، و إن كان ذلك كلّه

كما ترى .

و على كل حال فمما ذكرنا يظهر لك ضعف ماعن ابن ادريس من اختصاص كلّ من الشّريكين بما يستوفيه من حقه ، ولايلحقه الآخر فيه ، لان اشتراك الدين في الذمة لايمنع من تعيين حقّ واحد في معيّن .

ولان لكلّ واحد أن يبرء الغريم من حقّه ، ويصالح منه على شيء ، بحيث إذا استوفى شريكه لم يلحقه فيه .

ولانّ متعلق الشركة بينهما هو العين ، وقد ذهبت ، و لم يبق لهما إلاّ دين في ذمّته، فاذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عيناً من أعيان الشركة ، فلايشاركه الآخر فيما أخذ .

ولانّ ما في الذمة لايتعين إلاّ بقبض المالك أو وكيله ، والمفروض ليس منه ، و ذلك لانّ الشريك لم يقبض إلاّ لنفسه .

ولانه إن وجب الاداء بالمطالبة بحقّه وجب أن لايكون للشريك فيه حقّ ، لكن المقدم حقّ بالاتفاق ، فالتالي مثله ، و ذلك لان وجوب الاداء بالمطالبة بحصة الشريك فرع التمكن من تسليمها ، لاستحالة التكليف بالممتنع ، فاذا ثبت تمكّنه من دفعها ـ على أنها للشريك ـ و دفعها كذلك امتنع أن يكون للشريك الآخر فيها حق .

ولانه لوكان للشريك في المدفوع حقّ ، لزم وجه قبح ، وهو تسلط الشخص على قبض مال غيره بغير اذن .

ولانه لو كان كذلك لوجب أن يبرء الغريم من مقدار حقّه من المدفوع ، لاستحالة بقاء الدين في الذمة ، مع صحّة قبض عوضه ، لكن التالي باطل عندهم ، لكونهم يحكمون بأنه مخيّر في الاخذ من أيّهما شاء .

ولانه لو نهاه الشريك عن قبض حقه ، فان تمكن من المطالبة بحصته ، وجب أن لايكون للشريك فيها حقّ ، وإلاّ امتنع أخذ حقّه بمنع الشريك إيّاه من القبض.

ولان المقبوض إمّا أن يكون مالا مشتركا ، أولا ، فان كان مشتركاً وجب على

تقدير تلفه أن يتلف منهما ، كسائر أموال الشركة ، و تبرء ذمة الغريم منه ، وإلا لم يكن للشريك فيه حق .

وقد مال إلى ذلك في جامع المقاصد ، فقال : « ولايخفى أن بعض هذه الوجوه في غاية القوة والمتانة ، والروايات لاتقاومها ، مع أنها قابلة للتاويل فمختار ابن ادريس قوي متين ، كما اعترف به المصنف في المختلف ، وإن كان الوقوف مع المشهور أولى » وتبعه على ذلك ثاني الشهيدين .

إلا أن الجميع كماترى ، بعد التأمل الجيد فيماذكرنا ، مع قطع النظر عن النصوص إذالاول مصادرة محضة ، خصوصاً بعد ماعرفت من تحقق الإشاعة في العين كلية كانت أو شخصية .

و ابراء أحدهما الغريم أو الصلح معه بشيء يمحض الباقي للشريك الآخر ، فان الابراء يتعلق بالمشاع على إشاعته ، و كذا الصلح ، فمع فرض حصولهما وعدم تصور ملك الشخص على نفسه ليتمحض الباقي للشريك الآخر ، وقدذكر طرق متعددة لاختصاص كل منهما بما يأخذه إذا أراد ، إلا أنه خروج عن مفروض المسألة .

والثالث : أيضاً مصادرة محضة كماعرفت .

و الرابع : مبني على ملك الشريك لما قبضه الآخر قهراً ، والقائل لايلتزمه بل يشترطه بالاجازة على الوجه الذي سمعت .

والخامس : بعد تسليم ان له المطالبة منفرداً ، و وجوب الاداء له لايقتضي ما ذكره الخصم ، بل يمكن أن يكون ولو بالجمع مع شريكه ، أو بتعين حقه بأحد الوجوه المعينة له عن صاحبه ، بصلح ونحوه .

والسادس قد عرفت توقف الحق على الاجازة فلا جهة قبح فيه .

والسابع : مع الاجازة ، لا إشكال في الابراء و التخيير إنما هو في الاجازة وعدمها كما عرفت ذلك مفصلاً ، أو في القسمة على الوجه الذي ذكرناه ، على ان التخيير المزبور لم أجده في الخلاف والنهاية والوسيلة بل الموجود شارك مثل عبارة المتن وما شابهها وظاهرهم تعين الشركة ، وليس ذلك إلا للاذن للشريك في القبض ،

فإنه يكون حينئذ مالاً للشركة وإن نوى لنفسه ، بل لو أذن له الشريك في القبض لنفسه فقبض يكون أيضاً مشتركاً ، لمعلومية كون القيد لغواً لعدم إمكانه ، والنصوص المزبورة محمولة على الإذن ، فلا يقدح عموم ما اقتضى أحدهما ، لما عرفت ، وفي الوفاء بغير الجنس وجهان ، ومثله المقاصة به لنفسه ، أمّا المقاصّة بالجنس فكالوفاء به .

والثامن : قد عرفت الجواب عنه بما عن الخامس ، كما أنّ التاسع يعرف ما فيه مما تقدم في السابع وغيره ، فمن الغريب دعوى المتانة في هذه الوجوه التي هي واضحة الفساد ، والتحقيق ما عرفت . نعم لكل منهما طرق في الاختصاص لو اراده ، كالصّلح والتأجيل المقتضي للافراز بعقد لازم مثلاً ، والضمان والحوالة ، والشراء بها شيئاً ونحو ذلك مما لا ينافي التصرف بها على الإشاعة كما أوضحنا ذلك كله في محله والله العالم .

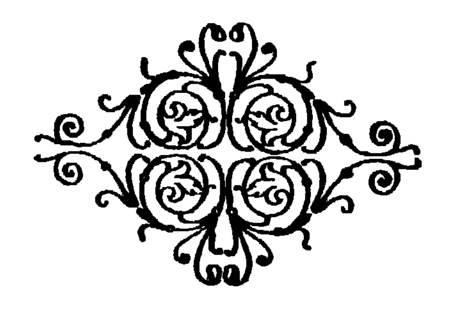
المسألة ﴿ التاسعة : اذا استأجر للاحتطاب أو الإحتشاش أو الاصطياد مدّة معيّنة صحّت الاجارة ﴾ لعموم أدلّتها الشامل لذلك ﴿ ويملك المستأجر ما يحصل من ذلك في تلك المدة ﴾ لأنه نماء عمله المملوك له ، فهو في الحقيقة كالعبد المملوك الذي يكون لسيّده .

نعم قد يشكل ذلك بأنه لا يتم بناء على عدم قبول هذه الأشياء للنّيابة الذي صرّح به المصنف في كتاب الوكالة وأنه يملكها المحيز وإن نواها للغير كما سمعته منه هنا ، مع التردد في اعتبار النيّة ، ومن هنا صرّح في جامع المقاصد بأنه اذا جوّزنا التوكيل في هذه جوّزنا الإجارة عليه ، وإن منعناه منعنا الاجارة ، حاكيًا له عن صريح التذكرة قال : « وظاهر الشرايع في كتاب الشركة صحة الاستيجار مطلقا نظراً إلى أنه بالاجارة تصير منافع الاجير مملوكة للمستأجر ، فيملك ما حازه ، ويضعّف بانه على القول بعدم صحة التوكيل في الحيازة لا يتصوّر صحّة الاجارة » .

قلت : قد يمنع التلازم ويكون حينئذ ملك المباح في الفرض من توابع ملك العمل بالإجارة وهو غير التملك بالنيابة في الحيازة فتأمّل جيّداً والامر سهل عندنا بعد ما عرفت أنّ المختار عندنا صحّة التوكيل ، واعتبار النيّة بالمعنى الذي أسلفناه

هذا كله لو ضبط العمل بالمدة .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو استاجره لصيد شيء بعينه لم يصح ، لعدم الثقة بحصوله غالباً ﴾ بناء على اشتراط ذلك فيها ، كما عرفت نظيره في البيع وتعرف تمامه في كتاب الاجارة والله الموفق والمعين .



﴿ كتاب المضاربة ﴾

من الضرب في الارض ، لضرب العامل فيها للتجارة ، وابتغاء الربح بطلب صاحب المال ، فكان الضرب مسبّب عنهما ، طردا لباب المفاعلة في طرفي الفاعل ، او من ضرب كل منهما في الربح بسهم ، أو لما فيه من ضرب المال وتقليبه ، كذا قيل ولعلّ الاولى من ذلك في تحقق المفاعلة ضرب كل منهما فيما هو للآخر من المال والعمل ، ويقال : للعامل مضارب ، بكسر الراء ، لانه الذي يضرب في الارض .

ولم نعثر على اشتقاق أهل اللّغة إسماً لربّ المال من المضاربة التي هي لغة أهل العراق ، فاما اهل الحجاز فيسمونه قراضاً ، من القرض بمعنى القطع الذي منه المقراض ، فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة ، وسلمها للعامل الذي أقطع له قطعة من الربح ، أو من المقارضة بمعنى المساواة والموازنة ، يقال : « تقارض الشاعران » اذا وازن كلّ منهما الآخر بشعره ، ومنه « قارض الناس ، ما قارضوك ، فإن تركتهم لم يتركوك » بمعنى ساوهم فيما يقولون ، ولما كان العمل من العامل والمال من المالك فقد تساويا وتوازنا ، او لاشتراكهما في الربح وتساويهما في اصل استحقاقه ، وإن اختلفا في كميته ، ويقال للعامل هنا : مقارض بالفتح ، وللمالك بالكسر ، والامر في ذلك كله سهل ، لعدم الثمرة المعتدّ بها على ذلك .

إنما الكلام فيما ذكره في المسالك ، تبعا للتذكرة ، قال : « واعلم ان من دفع إلى غيره مالا ليتّجر به فلا يخلو إما أن يشترطا كون الربح بينهما أو لاحدهما أو لا يشترطا شيئا : فان شرطاه بينهما فهو قراض ، وان شرطاه للعامل ، فهو قرض ، وإن شرطاه للمالك فهو بضاعة ، وان لم يشترطا شيئا فكذلك إلاّ أنّ للعامل أجرة المثل » .

وفيه منع تحقق القرض مع فرض صدور ذلك بعنوان المضاربة إذ أقصاه كونها من القسم الفاسد ، لا انها من القرض المحتاج إلى إنشاء تمليك المال بعوض في الذمة وقصد كون الربح للعامل اعمّ من ذلك ، وإن كان هو من اللوازم الشرعية لملك المال و دعوى الاكتفاء بقصد ذلك في تحققه لفحوى الصحيح [1] « عن أبي جعفر عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام من ضمن تاجرا فليس له إلاّ رأس ماله وليس له من الربح شيء » والموثق [2] عن أبي جعفر عليه السلام « من ضمن مضاربة فليس له إلاّ رأس المال ، و ليس له من الرّبح شيء » إذ كما أنّ التضمين من لوازم القرض ، فكذا الاختصاص بالربح ـ يدفعها أن المتّجه ـ بعد تسليم مضمونهما ، وعدم رجحان معارضهما عليهما ـ الاقتصار على ذلك فيما خالف الضوابط الشرعيّة ، ولو فرض عدم إرادة الفاضل ، والشهيد ذلك بل مرادهما أن الدّفع المجرّد عن عنوان خاصّ يقتضي الحكم عليه بذلك، كان فيه أيضاً منع تحقق القرض شرعاً و عرفاً بذلك ، لما عرفت ، وأصالة الصّحة لاتصلح قرينة على صرف الظاهر ، مع أنه لايتمّ في المعلوم خلوه عن هذا القصد نعم يمكن إرادتهما بيان حال كل من القراض ، والقرض ، والبضاعة في حدّ ذاته ، الاّ أن المراد تحققه على الوجه المزبور ، وحينئذ يخرج عما نحن فيه .

ثم إنّ ظاهر العبارة المزبورة الفرق بين فردي البضاعة ، باستحقاق الأجر في الثاني دون الأوّل الذي نسب عدم الأجر فيه إلى ظاهر الأصحاب في الرياض ، بل قال : « هو حسن ، إن لم يكن هناك قرينة من عرف أو عادة بلزومه ، و إلاّ فالمتّجه لزومه » .

قلت : لايخفى عليك عدم وضوح الفرق بينهما ، إذ التصريح في الأوّل منهما بكون الربح بأجمعه للمالك ، أعمّ من التبرّع بالعمل ، وعدم إرادة الاجر عليه ، فالتحقيق حينئذ عدم الفرق بينهما ، وأنّ العامل يستحق الأجر فيهما ، وقيام احتمال التبرّع ـ ما لم يعلم منه ارادة التبرع ـ لايدفع أصالة احترام عمل المسلم المأذون فيه من المالك ، فضلاً عن الواقع بأمره واعترافه ، من غير فرق في ذلك بين الوقوع بصورة

(١) و (٢) الوسائل الباب ـ ٤ ـ من ابواب احكام المضاربة الحديث ـ ١ ـ وذيله.

المضاربة وغيرها ما لم يعلم منه ارادة التبرع ، ولا بين كون العامل من المعدين لأخذ الاجرة ، كالسمسار و نحوه و غيره ، مع فرض كون العمل مماله أجرة في العادة ، بل مقتضى الاصل المزبور استحقاق الاجرة على العمل المأذون فيه ، و إن لم ينو العامل الرجوع بها ، بل يكفي عدم قصده التبرع .

ولعله إلى ذلك أشار الفاضل المقداد في شرح النافع قال في البضاعة: « فإن قال أي المالك مع ذلك لا اجرة لك ، فهو توكيل في الاسترباح من غير رجوع عليه بأجرة و إن قال : ولك أجرة كذا ، فإن عين عملاً مضبوطاً بالمدة أو العمل فذاك إجارة ، و إن لم يعين فجعالة ، و إن سكت ، فإن تبرع العامل بالعمل ، فلا أجرة له ، و إن لم يتبرع و كان ذلك الفعل له أجرة عرفاً ، فله أجرة مثله » .

و من ذلك يعرف ما في كلام الرياض الذي حكيناه عنه ، بل وفيما ذكره سابقاً في دفع إشكال استحقاق الاجرة فلاحظ و تأمل .

و كيف كان فقد علم مما ذكرنا أن المضاربة دفع الإنسان إلى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه ، ولكن يتبعها أحكام عقود كالوكالة والوديعة والشركة، وغيرها كالغصب وأجرة المثل ونحوها ، والظاهر أنه المراد مما في المسالك من أن عقد القراض مركب من عقود كثيرة ، لأن العامل ــ مع صحة العقد و عدم ظهور ربح ــ ودعي أمين ، و مع ظهوره شريك ، ومع التعدي غاصب ، وفي تصرفه وكيل ، ومع فساد العقد أجير ، لا أن المراد إنشاء هذه العقود بانشاء عقدها ، وإلا كان محلاً للنظر ، مضافاً إلى ما في ذكر الغصب وأجرة المثل ، والشركة في الربح في العقود .

﴿ و ﴾ على كل حال ف﴿هو ﴾ أي تمام البحث في كتاب المضاربة ﴿ يستدعي بيان أمور أربعة : الاول : في العقد ﴾ الذي جعله في التذكرة والقواعد من أركان هذه المعاملة ، بل صرح في التذكرة بأنه لابد فيها من لفظ يدل على الرضا ، وظاهرهما أو صريحهما كغيرهما عدم مشروعية مايشبه المعاطاة في البيع منها ، و هو و إن كان موافقاً لاصالة عدم ملك العامل الحصة من الربح ، إلا أنه مخالف لما دل على جوازها في البيع مما هو مشترك بينه وبين المقام و غيره من السيرة المستمرة ، وصدق الاسم عرفاً

وتجارة عن تراض ، و نحو ذلك مما هو كاف في المشروعية ، و في تخصيص نحو قوله عليه السلام [1] « إنما يحلّل الكلام ، ويحرّم الكلام » .

فالمتجه بناء على ذلك مشروعيتها كذلك ، و إن لم يكن المركب من الايجاب والقبول فعليين من عقدها ، وعدم الثمرة المترتبة بين معاطاتها و عقدها لجواز الفسخ فيهما ، لاينافي الحكم بمشروعيتها على الوجه المزبور ، و إن كان قد سلف منّا في البيع خلاف ذلك كله ، فلاحظ .

و على كل حال فلاخلاف في اعتبار اللفظ في ايجاب عقدها ، و إن كان لايتعيّن فيه لفظ مخصوص ، بل يكفي فيه كلّ لفظ دالّ على إنشاء الرضا بها مستعمل في ذلك على النهج الصحيح ، لانه المتعارف في كيفية عقدها ، بل قد عرفت فيما مضى قوّة الاكتفاء بذلك في العقود اللازمة ، فضلاً عن الجائزة .

أما القبول ففي التذكرة ، و جامع المقاصد ، والروضة الاكتفاء فيه بالفعل في تحقق العقد ، خلافاً لظاهر الفاضل في القواعد و غيره ، بل صرّح به بعض العامّة ، بل في الرياض بعد أن حكى عن التذكرة ذلك ، و أنه يظهر منها عدم الخلاف بيننا فيه ، وفي الاكتفاء في الايجاب والقبول بكلّ لفظ ، قال: «فإن تمّ وإلاّ فالاولى خلافه اقتصاراً فيما خالف الاصل الدّال على أنّ الربح تابع للمال ، وللعامل أجرة المثل ، المنطبق مع المضاربة تارة ، و المتخلف عنها أخرى على المتيقن ، ولعلّه لذا اعتبر فيها التواصل بين الايجاب و القبول ، والتنجيز و عدم التعليق على شرط أو صفة ، و هو حسن على ما حققناه .

ولكن على ما ذكره ـ من الاكتفاء بالفعل في طرف القبول ، وبكلّ لفظ فيه وفي طرف الايجاب بناء على جواز العقد ـ مشكل ، وسؤال الفرق بينه وبين اعتباره إيّاهما متّجه ، وكأنه أخذ ذلك أو بعضه من جامع المقاصد ، فإنّه بعد أن حكى عن التذكرة اعتبار التواصل ، قال : وفيه نظر ، لأن ذلك معتبر في العقود اللازمة خاصة ، دون الجائزة من الطرفين ، وسيأتي التصريح بذلك في الوكالة » .

(١) الوسائل الباب ـ١٢ـ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث ـ٣ـ .

قلت : لا يخفى عليك ما في ذلك كله ، بناء على تحقق المضاربة في المركب من الفعلين إيجاباً وقبولاً ، فضلاً عن محلّ الفرض ، وأقصاه أنه لا يكون عقد مضاربة ، وإلاّ فهو مشروع يترتب عليه أحكام المضاربة ، مع أنه يمكن القول بتحقق العقد أيضاً بالقبول الفعلي ، بناء على تعارف عقدها بذلك بين المشرعة ، ومثله كاف في ذلك لكن لا ثمرة مهمة هنا بعد فرض المشروعية بين كون هذه الكيفية عقداً أولا ، لما سمعته من عدم الفرق بينهما في الجواز ، وغيره من أحكامها .

نعم بناء على عدم مشروعية التعاطي فيها يتّجه حينئذ البحث في الفرض ، ولعلّ المانع فيه مستظهر ما لم يثبت تعارف كيفية عقدها بذلك ، لكن قد عرفت التحقيق إن لم يكن ثم اجماع بخلافه ، ودونه خرط القتاد ، وإن كان كثير من كلماتهم تفيد الناظر فيها تشويشاً على نحو ما في بعض كتب العامّة .

أما غير ذلك مما يعتبر في غيرها من العقود ، كالتواصل والتنجيز فيبقى على مقتضى ما دلّ على اعتباره ، الذي لا فرق فيه بين الجائز واللازم ، ضرورة كونه من كيفيات العقد ، والتوسع في العقود الجائزة بالنسبة إلى الاكتفاء في إيجابها مثلا بكل لفظ ، لا يقتضي التوسع فيها بالنسبة إلى ذلك ، وثبوته في الوكالة للدّليل ، لا يقتضي الثبوت في غيرها ، بعد حرمة القياس،هذا كلّه في التواصل أمّا التنجيز فلا ريب في اعتباره ، لاتحاد الطريق فيها وفي العقد اللازم كما حققناه في محله . والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ هو جائز من الطرفين ، لكل واحد منهما فسخه ، سواء نضّ المال ﴾ بأن صار دراهم أو دنانير ﴿ أو كان به عروض ﴾ بلا خلاف فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، وهو الحجة في الخروج عن قاعدة اللزوم . لكن ذكر غير واحد أنه إن كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلا شيء له ، وإن كان المالك ضمن للعامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت ، صونا للعمل المحترم من الخلو عن الأجر ، مع احتمال العدم للأصل ، وإقدام العامل عليه بمعرفته جواز العقد ، وإمكان فسخه قبل ظهور الربح ، بل وبعده مع تحقق الوضيعة المستغرقة له ، لكونه وقاية لرأس المال .

قلت : قد يقال : إنّ قاعدة احترام عمل المسلم المأذون فيه التي قدّمناها سابقاً

تقتضي استحقاق الأجرة في الأول ، كما عن التذكرة ، فضلاً عن الثاني ما لم يكن إجماع ، والاقدام على جواز العقد أعمّ من الاقدام على التبرع .

﴿ و ﴾ على كلّ حال فـ ﴿ لو اشترط فيه ﴾ أي عقد المضاربة ﴿ الأجل لم يلزم ﴾ العقد مدّته على أحد منهما ، فيصحّ لكل منهما فسخه قبله ، بلا خلاف أجده فيه ، للأصل وغيره . نعم في المسالك وغيرها بعد تفسير العبارة ونحوها بما سمعت قال : « لكن العقد والشرط صحيحان ، أمّا الشرط ففائدته المنع من التصرف بعده ، لأن التصرف تابع للاذن ، ولا إذن بعده ، وأما العقد فلأنّ الشرط المذكور لم ينافِ مقتضاه ، إذ ليس مقتضاه الاطلاق » .

قلت : قد يراد من العبارة عدم الصحّة من نفي اللزوم ، بقرينة قوله متصلا بها ﴿ لكن لو قال : إن مرّت بك سنة مثلاً ، فلا تشتر بعدها وبع صحّ ﴾ عندنا ﴿ لأن ذلك من مقتضى العقد ﴾ الذي هو تسلّط رب المال على فسخ القراض متى شاء ، وعلى منع العامل عما يشاء من النوع والزمان والمكان ، ضرورة ظهور الاستدراك فيه في أنّ الأوّل ليس كذلك ، بل هو من أفراد المسألة التي ذكرها بقوله أيضاً .

﴿ وليس كذلك لوقال : على أني لا أملك فيها ﴾ أي السنة ﴿ منعك ﴾ فانه شرط باطل ﴿ لأن ذلك مناف لمقتضى العقد ﴾ بل المشهور كما قيل : بطلان العقد معه ، فالتحقيق حينئذ أن يقال : إن أريد باشتراط الأجل المعنى الأوّل صحّ ، وإن أريد به المعنى الثاني بطل وأبطل ، كما صرّح به غير واحد، بل لم أجد خلافاً هنا في بطلانه ، وزاد في القواعد وجامع المقاصد اشتراط ضمان العامل المال ، أو الزامه بحصّة من الخسارة .

إلا أنه قد يناقش في ذلك إن أريد بها الكناية عن اللزوم مثلا بالعارض ، ولو بالشرط ، لا أنّ المراد به ما ينافي حكمها شرعاً ، فانه لا إشكال في البطلان حينئذ إنما المناقشة في الأوّل بمنع كونها من منافيات مقتضى العقد ، المراد به ما يعود على العقد بالنقض ، ولا ريب في عدم منافاة اللزوم لعقد المضاربة ، إذ هو كالجواز في العقد اللازم الذي لا إشكال في صحة اشتراطه .

ومن هنا كان له شرطه : أي اللزوم في العقد الجائز بعقد لازم آخر ، ولو أنه من المنافي لمقتضاه لم يصح ذلك ، إذ هو كاشتراطه عدم الملك في البيع ، ونظيره هنا عدم ملك العامل الحصة من الربح ، لا اشتراط اللزوم في المضاربة ، وكذا الكلام في الضمان الذي لا ينافي كون الشيء أمانة ، فإن كثيراً من الأمانات مضمونة كعارية الذهب والفضة ، والعارية المشترط فيها ذلك ، والمقبوض بالسوم ، وغير ذلك ، بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة ، بل وكذا الكلام في اشتراط الزام العامل حصة من الخسارة ، فإن جميع هذه الامور من الاحكام ، او مما هو مقتضى إطلاق العقد ، لا أنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض . فتأمل جيداً .

بقي شيء وهو أنه قد صرح الفاضل في القواعد و تبعه في جامع المقاصد بصحة رط المالك على العامل المضاربة في مال آخر ، أو أخذ بضاعة منه ، أوقرض أوخدمة في شيء بعينه ، معللا له الثاني منهما بعموم قوله تعالى [1] « أوفوا بالعقود » وقوله [2] المؤمنون عند شروطهم » لكن عن ابن البراج الجزم بفساد العقد و الشرط ، وكذا ن المبسوط ، إلا أنه قال: أخيراً «ولو قلنا القراض والشرط جائز ، لكن لا يلزم الوفاء به كان قوياً » ثم إنه في جامع المقاصد « قد حكي عن التحرير عدم لزوم الوفاء به ، - ثم قال : - « وهو حق ، فإن العقد جائز من الطرفين ، لكن لم يذكروا حكم ما إذا عمل العامل ولم يف بالشرط ، فظهر ربح ، والذي يقتضيه النظر أن للمالك الفسخ بفوات ماجرى عليه التراضي ، فيكون للعامل أجرة المثل ، وللمالك الربح ، - إلى أن قال - ولو شرط ذلك من طرف العامل على المالك ، فالحكم كما هنا ، بغير تفاوت إلا أن الفسخ هنا بعد العمل إذا لم يحصل الوفاء يكون للعامل ، لأنه إنما رضي بالحصة القليلة مع هذا الشرط » .

قلت : لا يخفى عليك ما في الذي جعله مقتضى النظر ، فإن التزام تسلط المالك والعامل بعد العمل على الفسخ بفوات الشرط ، وأخذ المالك تمام الربح ، والعامل أجرة

---

(١) سورة المائدة الاية -١-.

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من ابواب المهور الحديث -٤- .

المثل مما لايمكن التزام فقيهله ، فالتحقيق عدم مدخلية الشرط في ذلك ، إنّما الكلام في حكمه بالنسبة إلى وجوب الوفاء به ، وعدمه ، فيحتمل الأوّل ، لكن بمعنى الوجوب المشروط بالبقاء على العقد ، وعدم إنشاء فسخه ، لكونه حينئذ كنفس مقتضى العقد، إذ هو من توابعه ، وبهذا المعنى يندرج في قوله تعالى [1] « اوفوا بالعقود » بناء على كون المراد منه الأمر بالوفاء بمقتضى كل عقد لم يحصل له فاسخ جائز ولازم وفي قوله « المؤمنون عند شروطهم » و يحتمل الثاني لابمعنى تسلطه على فسخ العقد بل على معنى عدم وجوب الوفاء به وإن لم يفسخ العقد، للأصل السالم عن معارضة الآية المراد منها العقود اللازمة ، لظهور الامر فيها بالوجوب المطلق وكذا قوله : « المؤمنون عند شروطهم» المراد منه بيان صحّة أصل الاشتراط ، و أما اللزوم وعدمه فيتبع العقد الذي تضمّن الشرط ، فان كان لازماً وجب الوفاء بالشرط ، لكونه حينئذ من توابع العقد ، والا لم يجب بل يكون حينئذ شبيه الوعد .

ولعلّ هذا مراد الشيخ والفاضل في التحرير من المحكي عنهما ، لا أن المراد عدم لزوم الوفاء بالعقد ـ باعتبار جواز العقد ، و إلا فالوفاء به واجب حال عدم فسخ العقد ـ اذ هو كماترى لادليل عليه ، بل المعلوم خلافه ضرورة عدم كون الشرط أولى من مقتضى العقد الذي لايجب الوفاء به وان لم يفسخ العقد ، فان من استودع أو وكّل أو استعار أو ضارب : أي جاء بعقد من هذه العقود ، لايجب عليه الوفاء بمقتضى ذلك ، فيأخذ الوديعة مثلا ، ويفعل ما وكّل ويتناول العارية ، ويأخذ عين مال القراض فالشرط أولى ، ومنه يعلم حينئذ أنه هو مراد الشيخ والفاضل فيما ذكراه من عدم لزوم الوفاء به و هو لايخلو من قوة ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو اشترط ﴾ على العامل ﴿ أن لايشتري إلا من زيد ، أو لايبيع إلا على عمرو صحّ ﴾ لأن الناس مسلطون على اموالهم ﴿ وكذا لو قال : ﴾ له ﴿ على أن لاتشتري إلا الثوب الفلاني ﴾ مثلا ﴿ أو ثمرة البستان الفلاني

(١) سورة المائدة : -١- .

سواء كان وجود ما أشار اليه عاماً أو نادراً ﴾ لما عرفت خلافاً لبعض العامة فلم يجوّز الاخير ﴿ و ﴾ هو واضح الضعف .

نعم ﴿ لو شرط أن يشتري أصلا يشتركان في نمائه كالشجر أو الغنم قيل: يفسد ﴾ بل لم أجد من جزم بالصحّة من أصحابنا وذلك ﴿ لأن مقتضاه ﴾ أي القراض الاشتراك في الربح الحاصل من ﴿ التصرف في رأس المال ﴾ وإن تبعه النماء أيضاً في بعض الاحوال لاحصره في الربح الحاصل من نماء المال مع بقاء عينه ، لا أقلّ من الشك في تناول الإطلاقات له و الأصل الفساد ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردّد ﴾ ممّا سمعت ، ومن إمكان منع اعتبار ذلك في القراض الذي هو دفع المال من ربّه ، والعمل من العامل والاشتراك فيما يحصل من ذلك ، سواء كان نماء فعل أو مال ، إذ هو أيضاً مسبّب من فعل العامل الذي هو شراء ذي النماء ، لكن يقوى في النظر الاوّل .

نعم لو قال له : اشتره وما يحصل من ارتفاع قيمته ومن نمائه فهو بيننا ، فالاقوى الصحّة ، لاطلاق الأدلّة ،كما لو أنه اتفق نماء أعيان المضاربة قبل بيعها ، شارك في النماء قطعاً ، و دعوى ـ اعتبار شراء مع بيع ولو مرّة في المضاربة ـ واضحة المنع، و بذلك ظهر لك أن لشركة العامل في النماء صوراً ثلاثة احديها معلومة الصحّة ، و الثانية مظنونة ، والثالثة يشكّ في شمول الاطلاق لها ، والأصل الفساد ، كما أنه ظهر لك من ذلك ما في المسالك و غيرها فلاحظ و تأمّل .

﴿ و إذا أذن له في التصرف ﴾ بمعنى أنه عقد معه عقد المضاربة مثلاً و أطلق ﴿ تولّى بإطلاق الإذن ﴾ المستفادة من العقد ما يعتاد بالنسبة إلى مثل تلك التجارة، و مثل ذلك العامل في مثل ذلك المكان و الزمان ﴿ ما يتولاه المالك ﴾ وغيره ﴿ من عرض القماش ، والنشر والطي ، واحرازه وقبض الثمن ، وإيداعه الصندوق ، واستيجار من جرت العادة باستيجاره ، كالدلال و الوزان و الحمال ﴾ و غير ذلك مما لايمكن تحديده بالتعداد ﴿ عملاً بالعرف ﴾ الذي هو الضابط لذلك ﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو استأجر ﴾ ﴿ مثلاً ﴾ الأوّل ﴿ الذي جرت العادة بمباشرته ﴾ ضمن الأجرة ﴾ ، بل يمكن ضمانه العين لو فرض تلفها بذلك .

﴿ ولو تولّى الأخير ﴾ الذي جرت العادة بالاستيجار له ﴿ بنفسه ﴾ قاصداً لتبرع ﴿ لم يستحق أجرة ﴾ أمّا مع قصد الرجوع فقد يقوى استحقاقها ، بناء على تناول الوكالة لمثل نفسه ، بل قد يقوى استحقاقه إيّاها مع الخلو عن القصد ، لقاعدة احترام عمل المسلم المتقدّمة والله العالم .

ولا ينفق العامل في الحضر عندنا شيئاً من مال القراض ﴿ و ﴾ إن قلّ ، حتى فلس السقا ، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير .

نعم له أن ﴿ ينفق في ﴾ حال ﴿ السفر كمال نفقته ﴾ من مأكل و مشرب وملبس ومسكن ، ونحو ذلك مما هو داخل في النفقة ﴿ من أصل المال على الأظهر ﴾ الأشهر بل المشهور في التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في محكي الخلاف الأجماع عليه ، و هو الحجة بعد صحيح علي بن جعفر [1] « عن أخيه أبي الحسن عليه السلام في المضارب ما أنفق في سفره ، فهو من جميع المال ، فإذا قدم بلده ، فما أنفق فمن نصيبه » ونحوه خبر السكوني [2] عن امير المؤمنين عليه السلام خلافاً للمحكي عن بعض ، من كون جميع نفقته على نفسه ، كالحضر ، للأصل المقطوع بما عرفت ، فالعمل عليه حينئذ كالاجتهاد في مقابلة النص .

نعم عن آخر أن له تفاوت ما بين نفقة السفر والحضر ، و هو مخالف لظاهر النص أيضاً ، المعتضد بما سمعت ، والمراد بالسفر هنا العرفي ، لا الشرعي الذي هو في الحقيقة أحد أفراد السفر ، قد علّق الشارع عليه بعض الأحكام الخاصة ، كقصر الصلوة والافطار و نحوهما ، كما أنه أجرى أحكام الحضر عليه مع الاقامة والتردد ثلاثين يوماً ، وإن بقي معهما صدق اسم السفر الذي يجري عليه الحكم هنا ، لكونه عنوانه يدور معه وجوداً وعدماً .

نعم في المسالك و غيرها يجب الاقتصار منه على ما يحتاج اليه للتجارة ، فلو أقام زيادة عنه فنفقته عليه خاصة ، قلت : هو كذلك ما لم يكن لخوف طريق مثلاً ، أو حبس ظالم أو نحو ذلك ممّا يتعلّق بالتجارة ، ولذا قال في التذكرة : « لو أقام في

---

(١) (٢) الوسائل الباب -٦- من ابواب احكام المضاربة الحديث -١- وذيله .

طريقه فوق مدّة المسافرين في بلد للحاجة لجباية المال أو لانتظار الرفقة أو لغير ذلك من المصالح لمال القراض ، كانت النفقة على مال القراض أيضاً ، لأنّه من مصلحة القراض أمّا لو أقام للراحة او للتفرج أو لتحصيل مال له أو لغير مال القراض ، فإنّه لايستحق عن تلك المدّة شيئاً من مال القراض المنفقة ، أمّا لو أقام للتجارة أو لأمر آخر بحيث يكون كلّ منهما علّة تامة في المكث ففي اختصاص النفقة في مال القراض ـ للاطلاق وعدمه للأصل و التوزيع ـ أوجه ، أقواها الأوّل ، كما أنّ أقويها الأخير لو تركّب الداعي منهما ، بحيث يكون كل منهما جزء العلّة ، والمراد بالنفقة مايحتاج إليه فيه من مأكول و مشروب و ملبوس و مركوب ، وآلات ذلك كالقربة و الجوالق ، وأجرة المسكن ونحو ذلك ممّا هو داخل في اسم النفقة الآتي إنشاء الله تفصيلها في النفقات .

وحينئذ فليس المراد مؤنته المندرج فيها جوائزه وعطاياه وضيافاته ، و غير ذلك ممّا مرّ بيانها في كتاب الخمس ، و بذلك يظهر لك أنّ معنى قوله عليه السلام « ما انفق » ما يذهب منه نفقة له ، لأنّ جميع ما يتلفه ، و هو الموافق للأصل .

نعم يراعى فيها كغيرها من النفقات مايليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد فلو أسرف حسب عليه ، و إن اقتر لم يحسب له ، لأنّه لم ينفق ذلك ، و على كلّ حال فإذا عاد من السفر فما بقي من أعيان النفقة ولو من الزاد يجب ردّه على التجارة ، كل ذلك ما لم يشرط عليه عدمها ، و الاّ لم يجز للعامل ، ولو أذن له بعد ذلك فهو تبرّع محض ، ولو شرطها على المالك فهو تأكيد ، ويقوى حينئذ وجوب تعيينها حذراً من الجهالة ، بناء على اعتبار عدمها في مثل المقام ، ولعلّه لايخلو من نظر ، بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأوّل ، لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل ، وإن كان فيه مالايخفى ، ضرورة عدم رجوع ذلك إلى شيء من العقد مع عدم الاشتراط بخلافه معه .

ثم إنّ ظاهر النّص والفتوى عدم اعتبار ثبوت ربح في النفقة ، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح ، لكن لو ربح بعد ذلك أخذت من الربح مقدّمة على حقّ العامل ، ضرورة كون ذلك كالخسارة اللاحقة للمال التي يجب جبرها بما يتجدد من

الربح ، كماأومى إليه فيالتذكرة بقوله : «والقدر المأخوذ فيالنفقة يحسب من الربح ، وإن لم يكن هناك ربح فهو خسران لحق المال » و كذا في المسالك قال : « ولايعتبر في النفقة ثبوت ربح ، بل ينفق ولو من أصل المال إن لم يكن ربح و إن قصر المال . نعم لوكان ربح فهي منه مقدّمة على حق العامل » لكن في الرّياض « ولايعتبر فيثبوتهاحصول الرّبح ، بلينفق ولومن الأصل ، لا طلاق الفتوى والنّص ، ومقتضاهما الانفاق من الاصل ولو مع عدم حصول التبرّع ، ولكن ذكرجماعة أنها منه دون الاصل ، و عليه فلتقدم على حصّة العامل » .

و هو من غرائب الكلام إن أراد بالاوّل اخراجها من الاصل ، حتى لوتجدّد بعد ذلك ربح ، خصوصاً بعد ما سمعته من الفاضل ، و ثاني الشهيدين من أنها منه مقدمة على حقّ العامل ، و إن قلنا بخروجهامن الأصل ، حال عدم الربح ، فالتحقيق حينئذ ما عرفته ، من أنه ينفق ولو من أصل المال ، لكن متى تجدّد ربح جبر المال بمقدار ما أنفق منه ، ثمّ إن بقي ربح أخذ حصّته ، وإلاّ فلا ، وهو الموافق للتأمّل في النّص و الفتاوى ، لاما سمعته منه ، ولا أنه ينفق حال عدم الربح من أصل المال ، وحال وجود الربح منه من غير جبر للاوّل .

نعم إن لم يكن ثم اجماع أمكن القول بأن النفقة إنّما تكون للعامل ، حيث يكون ربح في المال يحتملها ، أو بعضها ، فتخرج حينئذ منه على المالك والمضارب ، وإلاّ فلا نفقة له ، كما أنّ نفقته حال الحضر من نصيبه خاصة ، ولعله أوفق بالاصل والنّص ، إلاّ انا لم نجده قولا لأحد ، و إن أراد ذلك في الرّياض بما حكاه عن جماعة كان مطالباً لتعيينهم كما لايخفى على من لاحظ وتأمّل .

وعلى كلّ حال فانما يستحق العامل النفقة في السفر المأذون فيه ، فلو سافر إلى غيره أي بتجاوز المأذون أو إلى غير جهته فلانفقة ، وإن كانت المضاربة باقية ، هذا و في المسالك و غيرها أن مؤونة المرض والموت فيالسفر محسوبتان على العامل خاصة لانهما لم يتعلقا بالتجارة ، و هو كذلك بالنسبة إلى الموت ، بل والمرض إذا كان على وجه لاعمل له في المال معه ، أمّا إذا كان مرضاً لايمنعه من العمل بالمال ، فلاريب في

استحقاقه النفقة في تلك الحال .

نعم قد يشكل دخول مثل الدّواء ونحوه في النفقة ، وقد حققنا ذلك في النفقات من كتاب النكاح ، من أراده فليلحظه ، فإن الظاهر إتحاد البحث في المقامين بالنسبة إلى ذلك .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ﴿ لو كان لنفسه مال غير مال القراض فالوجه ﴾ عند المصنف وجماعة ﴿ التقسيط ﴾ لان السفر لاجلهما ، فنفقته عليهما ، وهل هو على نسبة المالين أو العملين ؟ وجهان : أجودهما في المسالك تبعاً لجامع المقاصد الاوّل ، لان استحقاق النفقة في مال المضاربة منوط بالمال ، ولا نظر إلى العمل ، ومن هنا اتجه تفريع المصنف ذلك على ما ذكره أوّلاً ، لكن أورد عليه في الاخير أنه يقتضي أن لا يستحق نفقة أصلاً ، لو أخذ مضاربة في حال السفر .

ثم إنّ الظاهر جريان التقسيط على القول الآخر الذي هو وجوب ما زاد على نفقة الحضر ، ضرورة كونها حينئذ هي التي تقسط على المالين أو العملين ، فما عن فخر المحققين ـ من عدم جريان ذلك على هذا القول ، بل تكون النفقة على نفسه ، لكونه كالحاضر باعتبار اشتغاله بمال نفسه ، و إن استصحبه مال القراض ـ غير واضح ، والتعليل المذكور يسقطها على القول الاخر أيضاً ، ومن هنا حكي عن السّيد العميد أنه جعل احتمالي سقوط النفقة و ثبوت التفاوت بين حالي الحضر و السفر خاصة في عبارة القواعد من توابع الفرض ، وهو مالو كان معه مال آخر لنفسه ، وربّما يؤيّد الاحتمال الأوّل ، بظهور خبر النفقة في الذي ليس معه إلاّ مال المضاربة ، فبقي محلّ الفرض مندرجا تحت الأصل .

نعم يندرج في النص المضارب الذي معه مضاربات متعدّده ، ضرورة صدق كونه مضارباً ، والتوزيع حينئذ متجه فيه ، إمّا لأنّ قوله عليه السلام[1] «من جميع المال» يشمل مال الجميع على جهة النسبة ، أو لأنّ اختصاصه بمال دون آخر ترجيح بلا مرجّح مع أنّ علّة الاستحقاق صدق وصف المضاربيّة المتحققة في الجميع ، فلا عدل حينئذ

(١) الوسائل الباب ـ٦ـ من ابواب احكام المضاربة ـ الحديث ـ١ـ .

إلّا التوزيع بعد تعذّر التكرار ، وقيمة النفقة ليست نفقة ، بل قد يدّعى انسياقه من أمثال ذلك ، كما لايخفى على من لاحظ نظائره في النفقات ، كما أنه قد يدعى انسياق ذلك أيضاً حتى لو كان مال لنفسه مع مال القراض ، لاسقوط النفقة ، ضرورة صدق كونه مضار بامعه ، إلّا أنّه لما كان السفر ليس للقراض خاصّة ، إتجّه التوزيع المزبور .

و على كل حال ففي كونه على قدر الأموال أو الاعمال البحث السابق هذا . و في المسالك بعد أن ذكر التوزيع في القراضين قال : « ولافرق في ذلك بين أن يكون قد شرطها على كل واحد منهما أو أطلق ، بل له نفقة واحدة عليهما على التقديرين ، لأنّ ذلك منزل على اختصاص المشروط عليه بالعمل ، هذا مع جهل كل واحد منهما بالآخر ، أما لو علم صاحب القراض الاوّل ، بالثاني ، و شرط على ماله كمال النفقة جاز ، واختصت به ، ولاشيء على الثاني » .

وقد تبع بذلك الكركي قال : « لوشرط في القراض النفقة فأخذ من آخر قسط لان ذلك منزّل على اختصاصه بالعمل له ، وكذا لوشرطا ، ولو شرط أحدهما وأطلق الآخر فإن علم الاوّل بالقراض ، فالنفقة من ماله خاصّة ، عملا بالشرط » وهو قد تبع بذلك الفاضل في التذكرة قال فيها : « فان شرط صاحب المال الاوّل النفقة من مال القراض ، مع علمه بالقراض الثاني جاز ، وكان نفقته على الاوّل ، وإذا لم يعلم بالقراض الثاني بسطت النفقة و إن كان قد شرطها الاوّل لانه إنّما أطلق له النفقة بناء على اختصاص عمله به ، لانه الظاهر » .

قلت قد عرفت في السابق أنّ شرط النفقة إنما هومؤكد لثبوتها بدونه ، فصورة الشرط حينئذ كصورة الاطلاق بالنسبة إلى ذلك ، ولاريب في التوزيع مع الاطلاق فيهما و إن علم أحدهما بالآخر .

نعم لو أريد من الشرط الاختصاص بالنفقة على من عليه الشرط ، إتجه ذلك ، إلّا أنه لافرق معه بين صورتي الجهل والعلم حينئذ ، و دعوى انسياق ذلك من الشرط حال العلم ، دون الجهل لاشاهد لها ، والله العالم .

﴿ ولو أنفق صاحب المال مسافرا ﴾ مثلا ﴿ فانتزع المال منه ﴾ بقصد فسخ

المضاربة ﴿ فنفقة عوده منه خاصّة ﴾ لارتفاع وصف المضاربة الذي هو سبب استحقاق النفقة، ولا غرر ، بعد دخوله على العقد الجائز الذي هو معرض ذلك و نحوه ، فما عن بعض العامّة من ثبوتها واضح الضعف .

و كيف كان فلا إشكال ﴿ و ﴾ لاخلاف في أنّ ﴿ للعامل ابتياع المعيب والرّد بالعيب وأخذ الارش ﴾ نعم ﴿ كل ذلك ﴾ ونحوه ﴿ مع الغبطة ﴾ لان الغرض الذاتي هنا الاسترباح الذي يحصل بالصحيح و المعيب ، فلا يتقيد إطلاقها حينئذ بالاوّل ، و إن كان هو كذلك في إطلاق الوكالة ، المحتمل إرادة القنية التي لايناسبها المعيب ، و كذلك الكلام في الرّد بالعيب ، وأخذ الارش .

﴿ و ﴾ لكن مع هذا قد ذكر غير واحد من الاصحاب أنه ﴿ يقتضي إطلاق الاذن ﴾ هنا ﴿ البيع نقداً بثمن المثل من نقد البلد ﴾ لانه المتعارف في التجارة لتحصيل الربح ، إذ في النسيئة من التغرير بالمال ما لايخفى ، كالتضييع بالبيع بدون ثمن المثل واحتمال الكساد في بيع العروض ، لكن في المسالك و غيرها المناقشة في الاخير بأنّ « المضاربة تفارق الوكالة في بعض المطالب ، لانّ الغرض الاقصى منها تحصيل الربح ، و هو قد يكون بالعروض ، فالاقوى جوازه بها مع الغبطة » إلى أن قال : « ولو أذن له في شيء من ذلك عموماً أو خصوصاً « كتصرّف كيف شئت » و بحسب رأيك ونظرك ونحوذلك ، فإنّه يجوز له البيع بالعروض قطعاً ، أمّا النقد وثمن المثل فلايخالفهما إلا بالتصريح » و ما أبعد مابينه و بين فاضل الرّياض حيث جعل المدار على حصول المصلحة مع الإطلاق ، و إن كان فرضها في نحو البيع بدون ثمن المثل نادراً ، وظني أنه لاموافق له على ذلك ، و إن كان قد يتوهم من بعض العبارات .

و التحقيق أنه لاوجه للتوقف مع المصلحة ، إذا كان الإذن على وجه العموم ، فله البيع نسيئة و بدون ثمن المثل ، أمّا مع الإطلاق فالمدار حصولها في الأفراد المتعارفة بين التجار في تحصيل الأرباح ، و أمّا النادر و إن فرضت فيه المصلحة فلا يدخل في الإطلاق ، إذ ليس العنوان الإذن في عمل كلّ ما فيه مصلحة ، و إنّما هو الإطلاق المنصرف إلى الافراد المتعارفة التي منها نقصان مايتسامح به الناس ، والله العالم .

﴿ و ﴾ على كل حال فقد ذكر المصنف و غيره أنه ﴿ لو خالف ﴾ مادلّ عليه اللفظ ﴿ لم يمض إلاّ مع إجازة المالك ﴾ لكونه تصرفاً قد وقع بدون اذن المالك ، و هو غير باطل عندنا ، و إنّما هو فضولي ، فإن أجاز نفذ لكن في المسالك تبعاً لجامع المقاصد « إنّه مع الاجازة بان قدر على تحصيل النسيئة ، وإلاّ ضمن الثمن ، لثبوته بالبيع الصحيح ، لاالقيمة ، و مع عدمها يجب استرداد العين مع الإمكان ، وإلاّ ضمن قيمة المبيع أو مثله ، لا الثمن المؤجل و إن كان أزيد ، ولا التفاوت في صورة النقيصة لأنّه مع عدم الاجازة بيع باطل ، فيضمن للمالك عين ماله الذي تعدّى فيه و سلّمه من غير إذن شرعي » .

قلت : قد يناقش في ضمانه بأنه مع إجازة المالك و رضاه بالبيع نسيئة ، صار الثمن الذي في ذمّة المشترى له برضاه ، ولم يحصل من العامل ما يقتضى ضمانه ، بل لعلّ ذلك كذلك في الغاصب إذا باع المغصوب نسيئة ، ثم ندم الغاصب فأجاز المالك ذلك و رضي بالثمن الذي في ذمّة المشتري أن يكون له ، خرج الغاصب من الضمان ، ولا ينتقل ضمان العين الذي كان عليه إلى الثمن الذي لم تستولى يده عليه ، وكأنّ ذلك كلّه لا إشكال فيه بمقتضى المعلوم من القواعد .

أللهم إلاّ أن يقال : إنّ ما نحن فيه ممّا تسمع تظافر النصوص والفتاوى به ، من ضمان العامل إذا خالف ما اشترط عليه المالك ، و إن بقيت المضاربة صحيحة و الرّبح بينهما ، إذ لافرق في المخالفة بين الشرط الصريح ، أو المفهوم من الإطلاق ، فكما لوقال له : إشتر مثلا تمراً ، فخالف و اشترى غيره كان ضامناً ، ولكنه صحيح و الربح بينهما ـ كما ستعرف ، فكذلك ما نحن فيه ، المستفاد من انسياق الإطلاق بل هو أولى بذلك ، والله العالم .

﴿ وكذا يجب ﴾ مع الإطلاق ﴿ أن يشتري ﴾ العامل ﴿ بعين المال ﴾ لأنّه المفهوم أو المتيقن منه ، خصوصاً بعد ملاحظة احتمال عدم إرادة المالك التجارة بغير المال الذي دفعه ، والشراء بالذّمة قد يؤدّى إلى وجوب دفع غيره ، كما في صورة تلف مال المضاربة قبل الوفاء .

﴿ و ﴾ حينئذ فـ ﴿ لو ﴾ خالف و ﴿ اشترى في الذمة ﴾ للمالك ﴿ لم يصح البيع إلاّ مع الاذن ﴾ فيه ، ولو لاحقا ، لكن قد يشكل ذلك باقتضاء الإطلاق عرفاً الشراء بالذّمة على وجه الحلول ، و إرادة الدفع من مال المضاربة ، كما هو المتعارف بين الناس ، من غير فرق بين الملاّك والعمّال والوكلاء وغيرهم .

نعم ليس له الشراء في الذّمة على إرادة الرجوع عليه بغير مال المضاربة ، فإنّه ليس في الإطلاق ما يشعر بالإذن بذلك ، ويمكن إرادة الأصحاب المنع عن هذا بالخصوص لا ما يشمل الأوّل الذي قد يتسامح في العرف بجعله من الشراء بالعين ، فإذا اتفق عروض ذلك من العامل ، و فرض تلف مال المضاربة ، أدّى المالك من غيرها حينئذ ، لما عرفته من تناول الإطلاق الإذن على الوجه المزبور ، المفروض وقوعه .

و من ذلك يعلم ما في التعليل المذكور ، كما أنّ منه يعلم أنه مع تأدية المالك في الفرض المزبور من غير مال المضاربة ، يكون ذلك من مال القراض ، لما عرفته من اقتضاء الإطلاق ذلك ، كما عن الشيخ في المبسوط التصريح به ، و إن حكي عنه أنه حكى فيه وفي الخلاف أقوالاً غير محصّلة ، لا فائدة في ذكرها ، كما لا محصّل معتدّ به لما أطنب به في الرياض من ذكر الإشكال المزبور ، والجواب عنه ، والنظر في الجواب فلاحظ و تأمّل .

﴿ و ﴾ على كل حال فـ ﴿ لو اشترى ﴾ العامل ﴿ في الذمة ﴾ بنية أنه للمالك ﴿ لا معه ﴾ أي الإذن منه ، لا سابقاً ولو من الاطلاق المزبور ، ولا لاحقاً ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لم يذكره ﴾ أي المالك على وجه يفهم البايع أن البيع له ﴿ تعلق الثمن بذمته ظاهراً ﴾ و ان كان هو فاسداً في نفس الامر ، ويجب عليه التخلّص من البايع بمقاصّة و نحوها .

نعم لو وقع الشراء منه بلا نيّة أنه للمالك ، أو لنفسه تعلّق الثمن بذمته ظاهراً وواقعاً ، وكان الرّبح له ، كما لو نوى لنفسه ، لظهور المعاملة في ذلك ، حتى لو فرض كونه مأذوناً في الشراء في الذّمة للمالك ، لكن لا ينصرف الشراء في نفس الامر عمّن وقعت المعاملة له الاّ بنية أنه له ، كما هو واضح ، فما في الرياض - من الوقوع للمالك

في هذه الصورة - واضح الضعف ، الا أن فيما حضرني من نسخته غير نقية من الغلط.

نعم لو كان قد نوى المالك ثم أجاز كان له ، بل ربما ظهر من المقداد كونه مال قراض حينئذ ، كما أنه يبطل مع ذكره له لفظاً ، و عدم اذنه سابقاً ولاحقاً ، و بذلك كله بان لك صور المسألة و أحكامها ، لكن الانصاف عدم خلو جعله مال قراض مع الاجازة اللاحقة و أداء الثمن من غير مالها من اشكال ، أو منع والله العالم .

﴿ ولو أمره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها﴾ أثم وضمن المال ، لتعديه ، و ان نفذ بيعه ، و كان الربح بينهما ، اذ لامنافاة بين ذلك ، و بين المنع من السفر ، لكونه مأذوناً في التجارة من حيث هي تجارة ، و ان لم يجز له السفر ، فان المنع من أحد المتقارنين لايقتضي بمجرده المنع من الآخر ، بل هو كذلك حتى في صورة الاطلاق فان الظاهر عدم استفادة الاذن منه في السفر ، كما صرح به غير واحد ، بل في جامع المقاصد نسبته الى علمائنا ، لما فيه من التغرير بالمال ، خلافاً لبعض العامة ، من غير فرق بين خوف الطريق و أمانه ، و على كل حال فلا اشكال ولاخلاف عندنا في الحكم المزبور .

و في الصحيح [1] عن أحدهما « سألته عن رجل يعطي المال مضاربة و ينهى أن يخرج ، قال : يضمن المال والربح بينهما » .

و في صحيح الحلبي [2] عن الصادق عليه السلام «في الرجل يعطي للرجل المال فيقول: ائت أرض كذا و كذا ولاتجاوزها ، واشتر منها ؟ قال : فان جاوزها و هلك المال فهو ضامن ، وان اشترى متاعاً فوضع فيه ، فهو عليه ، و ان ربح فهو بينهما » .

و في خبر أبي بصير [3] عنه عليه السلام أيضاً « في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة و ينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى ، فعصاه قال : هو ضامن ، و الربح بينهما اذا خالف شرطه و عصاه » .

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب احكام المضاربة الحديث -١- .

(٢) (٣) الوسائل الباب -١- من ابواب احكام المضاربة الحديث - ٢ - ١٠ -

و خبر أبي الصّباح [1] « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المضاربة ، يعطي الرجل المال يخرج به الى أرض ، و ينهى أن يخرج به الى غيرها ، فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال ؟ فقال : هو ضامن ، وان سلم فهو بينهما » .

بل في صحيح الحلبي [2] عنه أيضاً أعمّ من ذلك قال : « في المال الذي يعمل به مضاربة ، له من الربح ، و ليس عليه من الوضيعة شيء الاّ أن يخالف أمر صاحب المال ، فان العبّاس كان كثير المال ، وكان يعطي الرجال يعملون به مضاربة ، ويشترط عليهم أن لاينزلوا بطن واد ، ولايشتروا ذاكبد رطبة ، فان خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن للمال » و في صحيحه الاخر [3] عنه أيضاً «في الرجل يُعطي الرجل مالاً مضاربة ، فيخالف ما شرط ؟ قال : هو ضامن ، والربح بينهما » .

و في خبر أبي الصباح [4] عنه أيضاً « في الرجل يعمل بالمال مضاربة ؟ قال : له الربح و ليس عليه من الوضيعة شيء ، الاّ أن يخالف عن شيء مما أمره صاحب المال» و في صحيح جميل [5] عنه أيضاً « في رجل دفع الى رجل مالايشترى به ضربا من المتاع مضاربة فذهب فاشترى غير الذي أمره قال هو ضامن والرّبح بينهما على ما شرط » .

و اليه أشار المصنف بقوله ﴿ أو أمره بابتياع شيء بعينه فابتاع غيره ضمن ، ولوربح والحال هذه كان الربح بينهما بموجب الشرط ﴾ الاّ أنه أشكله بمخالفته القواعد المعلومة ، ضرورة عدم الدخول في الملك مع عدم الاذن لاحقا وسابقاً ، فكيف يتّجه استحقاق الربح حينئذ ، ومن هنا جمد بعض الناس على ما في النصوص ، ولعلّ اقتصار المصنف على هذين الصورتين لذلك ، لكن لايخفى عليك ما فيه بعد ما سمعته من النصوص الدالة على الأعمّ من ذلك ، وهو كلّ شرط قد خولف ، و هو الذي جزم به غير واحد ، قائلاً أنه لابأس بتخصيص القواعد بهذه النصوص المعمول عليها بين الأصحاب إلاّ أنه كما ترى أيضاً .

---

(١) (٢) (٣) (٤) (٥) الوسائل الباب -١- من أبواب احكام المضاربة الحديث -١٠-٦-٧-٥-٢-٩-

ويمكن تنزيل هذه النصوص على إرادة بقاء الإذن في المضاربة ، وإرادة الضمان من الاشتراط ، كما يؤمي إليه ما في ذيل صحيح الحلبي السابق ، وخصوصاً ذكره عليه السلام له بعنوان التعليل للحكم ، بل لعل ذلك هو المعروف فيما بينهم سابقاً من الشرط كما عساه يؤمي إليه خبر رفاعة [1] عن ابي عبدالله عليه السلام « في مضارب يقول لصاحبه إن أنت أذهبته أو أكلته ، فأنت له ضامن ؟ قال : هو له ضامن إذا خالف شرطه » هذا .

و في المسالك « يجب تقييد المخالفة في جهته بما إذا بيع المتاع في تلك الجهة بما يوافق قيمته في الجهة المعيّنة أو يزيد ، فلو كان ناقصاً لا يتغابن بمثله لم يصح ، كما لو باع بدون ثمن المثل » و مثله في جامع المقاصد وزاد « أنه إذا أجاز المالك كان الثمن مضموناً ».

قلت : قد يقال بالصحة من غير احتياج إلى الاجازة ، لما سمعته من النصوص أن البيع صحيح مع المخالفة ، ولكنه ضامن للوضيعة ، ولا ريب أن محل الفرض من ذلك ، والله العالم .

(و) كيف كان **(فبموت كل منهما تبطل المضاربة ، لأنها في المعنى وكالة)** التي هي كغيرها من العقود الجائزة ، نحو العارية و الوديعة تنفسخ بالموت والجنون والاغماء ، ونحو ذلك مما يقتضي بطلان الاذن من المالك التي هي بمنزلة الروح لهذا العقد وشبهه ، بل ظاهر الاصحاب في المقام وغيره عدم تأثير إجازة الوارث أو ولي المالك في حال الجنون والاغماء ، لتصريحهم بالانفساخ بعروض أحد هذه العوارض ، وحينئذ فاذا أريد تجديدها مع وارث أحدهما اشترط في الثانية شروط الأولى من انضاض المال دراهم و دنانير و غير ذلك كما هو واضح .

ثم إن كان الميت المالك ، وكان المال ناضاً لاربح فيه أخذه الوارث ، وإن حصل فيه ربح اقتسماه ، وليس لأحد من الغرماء مزاحمة العامل في حصته ، لما ستعرف إن شاء الله من ملكه لها بالظهور ، فكان شريكا للمالك ، وإن كان المال عروضاً ، ففي المسالك « إن

---

(١) الوسائل الباب -١- من ابواب أحكام المضاربة الحديث -٨- .

للعامل بيعه إن رجئ الرّبح ، و إلاّ فلا ، و للوارث الزامه بالانضاض انشاء مطلقا »
وفيه أنه ليس للعامل البيع من دون إذن الوارث الذي قدانتقل اليه وإن رجي الرّبح،
كما أنه ليس للوارث الزامه بالانضاض مطلقا بعدانفساخ المضاربة ، أللّهم إلاّ أن يقال :
إنه حقّ للميّت ، فينتقل إلى وارثه .

و إن كان الميت العامل ، فإن كان المال ناضاً ولاربح أخذه المالك ، و إن كان فيه ربح دفع إلى الورثة حصصهم منه ، ولوكان هناك متاع واحتيج إلى البيع والتنضيض فإن أذن المالك للوارث فيه جاز ، وإلاّ نصب الحاكم أميناً يبيعه ، فإن ظهر فيه ربح أوصل حصّة الوارث ، وإلا سلّم الثمن للمالك والله العالم .

الامر ﴿ الثاني : في مال القراض ﴾

﴿ و من شرطه أن يكون عيناً ﴾ فلايجوز بالدين ﴿ و أن يكون دراهم أو دنانير ﴾ بلاخلاف أجده في شيء منه ، بل الأجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما قيل : من أصالة الفساد هنا ، السّالمة عن معارضة [١] « أوفوا بالعقود » [٢] « والمؤمنون عند شروطهم » ونحو ذلك ممّا عرفت إرادة العقود اللازمة منه ، و عن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوّز به المضاربة ، و إنما هي في معرض أحكام أُخر ، وإن كان لايخلو من تأمّل ، ضرورة الإكتفاء [٣] « بتجارة عن تراض » ونحوه في ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح ، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور .

ومنه يعلم أنّه لاوجه لقول المصنف ﴿ وفي القراض بالنقرة ﴾ التي هي القطعة المذابة من الذّهب والفضّة ﴿ تردّد ﴾ ضرورة عدم كونها حينئذ منهما ، و من هنا لم تعرف مخالفاً في عدم الجواز بها ، بل ولامتردّداً غير المصنف .

(١) سورة المائدة الاية -١- .

(٢) الوسائل الباب -٢٠- من ابواب المهور الحديث -٤- .

(٣) النساء : ٢٩.

نعم في المسالك « ربما أطلقت النقرة على الدراهم المضروبة من غير سكّة ،فان صحّ هذا الاسم كان التردّد من حيث أنها قد صارت دراهم ودنانير ، وإنما تخلف السكّة وهي وصف في النقدين ربما لا يقدح ، خصوصاً اذا تعومل بها على ذلك الوجه ، مع أنه أيضاً كما ترى ، بعد معلومية كون الدّرهم والدّينار حقيقة في المسكوك للمعاملة وتخلّف السكة قادح باعتبار اقتضائه انتفاء صدق اسم الدرهم والدّينار، والتّعامل بغير المنقوش أو المنقوش لا للمعاملة ، لا يحقق الاسم المزبور ، ولو سلّم تحقق الأسم بناء على أنه للأعم من المسكوك للمعاملة ، فليس حينئذ الا الصّحة .

و على كل حال فلا وجه للتردّد بعد الجزم بشرطيّة الدرهم والدينار والله العالم.

﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا يصحّ بالفلوس ﴾ لفقد الشرط المزبور بل ﴿ ولا بالورق المغشوش ﴾ الذي يجب كسره ﴿ سواء كان ﴾ فيه ﴿ الغش أقلّ أو اكثر ﴾ اذ المراد به المغشوش بالنسبة الى تلك السكة في ذلك الزمان ، المعبّر عنه في زماننا بالقلب ، لا أنّ المراد به ما يشمل المتعارف في زماننا من الشاميّات والشوشيات وغيرهما من النقد المعلوم امتزاجه بغير الفضّة ، ضرورة صحّة المضاربة بها ، ووجوب الزكاة ، لعدم اعتبار الخلوص في الدّرهم والدينار ، وانما هو القطعة المسكوكة للمعاملة، سواء كان خليطا أو لا ، وان اتفق خلوصه في ذلك الزمان ، الاّ أنّه أحد الأفراد ، كهيئته السّابقة ، و حينئذ فلا حاجة الى ما في جامع المقاصد من تقييد نحو عبارة المصنف بما اذا لم يكن متعاملاً به ، أي المغشوش ، فلو كان معلوم الصرف بين الناس جازت به المعاملة ، و صحّ جعله مالا للقراض ، سواء كان الغش أقلّ أو اكثر ، اذ قد عرفت ارادة المصنف و غيره من المغشوش ما سمعت ، لا نحو ذلك كما هو واضح .

﴿ و ﴾ كذا لا يصحّ ﴿ بالعروض ﴾ التي هي غير النقدين من المتاع مطلقاً والامتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ، ولا يكون حيواناً ولا عقارا ، لانتفاء الشرط المزبور كما هو واضح . وكانّ المصنف ذكر الاوّل ولم يستغن عنها بالعروض ، بناء على التفسير الأوّل دفعاً لتوهّم الجواز في النقرة باعتبار كونها مادّة للدرهم والدينار وفي الفلوس ونحوها باعتبار كونها مثل النقدين في السكّة والمعاملة ، فأراد النّص

عليها بعدم الجواز .

﴿ ولو دفع إليه ﴾ أي إلى العامل ﴿ آلة الصيد كالشبكة بحصّة ﴾ ثلث مثلاً ﴿ فاصطاد ﴾ لم يكن مضاربة قطعاً ، لانتفاء الشرط ولا شركة لعدم الامتزاج ، ولا إجارة لعدم معلوميّة الأجرة ، فليس هي إلا معاملة باطلة وحينئذ ﴿ كان ﴾ ما اصطاده ﴿ للصّايد ﴾ الذي قدحازه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ عليه أجرة ﴾ المثل ﴿ للالة ﴾ كما هو واضح . نعم في المسالك وغيرها الحكم بكون الصّيد للصايد مبني على عدم تصوّر التوكيل في تملّك المباح ، وإلاّ كان الصيد لهما على حسب ما نواه الصايد ، وقد سبق الكلام على نظيره ، ويبعد بناؤه على أن العامل لم ينو بالتمليك إلاّ نفسه ، لان ظاهر الحال دخوله على الشركة ، وحيث يكون الصيد لهما فعلى كل منهما أجرة مثل الصايد والشبكة بحسب ما أصابه .

قلت : قد تقدم سابقاً إمكان اختصاصه بذلك وإن قلنا بصحة التوكيل ، بناء على عدمه في المقام ، لكون الاذن قدوقعت في العقد الفاسد ، فلا أثر لها ، ونيّة الشركة مع عدم الاذن لا تجدي ، ودخوله في ملكه يكفي فيه قصده الحيازة ، أي دخول الشيء في حيازته ، والفرض أنه قد تحقق القصد فيه ، فيكفي ذلك في دخول الشيء في ملكه ، وان كان من قصده الشركة التي قد بان فسادها والله العالم .

﴿ ويصحّ القراض بالمال المشاع ﴾ بلا خلاف ولا إشكال عندنا ، لأنه معيّن في نفسه ، جامع لشرائط الصحّة من غير فرق بين وقوع العقد مع الشريك ﴿ و ﴾ غيره .

نعم ﴿ لابدّ ﴾ في مال المضاربة ﴿ أن يكون معلوم المقدار ﴾ بعد معرفة الجنس للنهي عن الغرر ، ولعدم معرفة الربح من رأس المال ، إلا أنّ ذلك كلّه في المجهول الذي لايؤل إلى علم ، أمّا مايؤل إليه ولو بالعدّ بعد وقوع العقد ونحوه فقد يشكل بناء على تحقق عموم أو اطلاق في الباب يشمل الفرض ، ولو قوله تعالى[1] « الا أن تكون تجارة عن تراض » لعدم مايدلّ على اعتبار العلم هنا ، أو البطلان مع

(١) النساء : ٢٩ .

مثل هذه الجهالة ، والنهي عن الغرر انما هو في البيع .

أللهمّ الا أن يقال بأنّ في بعض النصوص النهي عن الغرر ، فيشمل المقام ، بل لو سلّم تحقق اطلاق في المضاربة يشمل محلّ الفرض كان التعارض من وجه والترجيح للأوّل بفتوى المشهور بذلك ، بل ﴿ و ﴾ بأنه ﴿ لا تكفي المشاهدة ﴾ فيه ، وان زال بها معظم الغرر ، لانها ليست طريقاً للعلم فيما اعتبر فيه ، وان حكي عن المرتضى الاكتفاء بها في المقام وغيره ، بل هو أحد قولي الشيخ هنا ، وهو كذلك لو سلّم وجود دليل على اعتبار العلم في المقام ﴿ و ﴾ من هنا ﴿ قيل : يصحّ مع الجهالة ، ويكون القول قول العامل مع التنازع في قدره ﴾ بل في المسالك « انه في المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربة بالجزاف من غير تقييد بالمشاهدة ، وقواه في المختلف محتجاً بالأصل ، وقوله عليه السلام (١) « المؤمنون عند شروطهم » ولا اثر لاقتضاء هذه الجهالة التنازع بعد ان كان القول قول العامل شرعا في قدر الواصل لانّ الاصل عدم وصول الزايد اليه .

والتحقيق ان لم يكن ثم اجماع عدم قدح الجهالة التي تؤل الى علم ، نحو أن يقع العقد على ما في الكيس مثلا ، ثم يعدّ انه بعد ذلك ، لاطلاق الادلة أو عمومها . نعم بناء على عدم عموم أو اطلاق مستند اليه في مثل ذلك ، فلا ريب في أن الاصل الفساد . أما الجهالة التي لا تؤل الى علم فالظاهر عدم جوازها ، لعدم امكان تحقق الربح معها ، وهو روح هذه المعاملة فتأمل جيّداً . والله العالم .

﴿ و ﴾ كيف كان ﴿ فلو أحضر مالين ، وقال قارضتك ﴾ بأحدهما أو (بأيّهما شئت : لم ينعقد بذلك قراض ﴾ للابهام في الأوّل المانع من تعلق العقد ، فإن المبهم لاوجود له في الخارج ، وموقوفية العقد مع التخيير إلى حال وقوعه ، و ليس في الأدلّة حتى الاطلاقات ما يدل على مشروعية ذلك ، بل لعلّ الأدلّة قاضية بخلافه ، ضرورة ظهورها في سببية العقود و عدم تأخّر آثارها عنها ، و جعل الخيار كاشفا عن مورد العقد من أوّل الأمر لادليل عليه ، لكونه مخالفاً للأصل ، و من هنالم يحك خلاف

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٤ .

في البطلان حتى من القائلين بالجواز مع الجهالة ﴿ و اذا أخذ من مال القراض ما يعجز عنه ضمن ﴾ مع جهل المالك، كما في المسالك قال « لأنه حينئذ يكون واضعاً يده على المال على الوجه الغير المأذون فيه ، لأن تسليمه إليه إنما كان ليعمل فيه فكان ضامناً » ونحوه في جامع المقاصد ، وفي الاول منهما «هل يكون ضامناً للجميع أو للقدر الزائد على مقدوره قولان : من عدم التمييز ، و النهي عن أخذه على هذا الوجه ، و من أن التقصير بسبب الزايد ، فيختص به ، والأول أقوى ، و ربما قيل : إنه إن أخذ الجميع دفعة فالحكم كالأول و إن أخذ مقدوره ثم أخذ الزايد ولم يمزجه به ضمن الزايد خاصة » .

و يشكل بأنه بعد وضع يده على الجميع عاجز عن المجموع من حيث هو مجموع ، ولا ترجيح الآن لأحد أجزائه ، إذ لو ترك الأول وأخذ الزيادة لم يعجز ، وقد صرح فيهما بأنه لو كان المالك عالماً بعجزه لم يضمن ، إما لقدومه على الخطر ، أولان علمه بذلك يقتضي الاذن له و التوكيل .

ثم قال في المسالك : « و حيث يثبت الضمان لا يبطل العقد به ، إذ لا منافاة بين الضمان و صحة العقد ، و المراد العجز عن التصرف في المال وتقليبه في التجارة ، وهذا يحصل حال العقد ، فمن ثم فرق بين علم المالك وجهله ، ولو كان قادراً فتجدد العجز وجب عليه رد الزايد عن مقدوره ، لوجوب حفظه ، وهو عاجز عنه ، و إمكان التخلص منه بالفسخ ، فلو لم يفسخ ضمن وبقي العقد » .

قلت : لعل المتجه في مفروض المسألة الفساد من غير فرق بين حالي العلم و الجهل ، و ذلك لمعلومية اعتبار قدرة العامل على العمل في الصحة ، نحو ما ذكروه في الاجارة ، ضرورة لغوية التعاقد مع العاجز عن العمل الذي هو روح هذه المعاملة ، فضلاً عن معلومية بطلان وكالة من هو عاجز عن العمل ، على العمل العاجز عنه ، إذ هو أولى بذلك من الوصي الذي حكموا ببطلان وصايته مع عجزه عن القيام فيما أوصي به ، بل الظاهر أن الحكم كذلك بتجدد العجز ، فضلاً عما كان حال العقد ، و من ذلك يظهر لك سقوط جملة من الكلمات السابقة، بل لعل عبارة المتن والقوا-

كذلك ، بناء على إرادة الضمان مع الصحّة منها ، بل يقوى البطلان حتى مع إذن المالك في التوكيل للغير ، أوالاستيجار ، فإنّ ذلك فرع صحّة العقد الذي قدعرفت اعتبار قدرة العامل على العمل المعقود عليه بنفسه ، و إن لم يشترط عليه المباشرة ، على أنّه لوا كتفى بذلك في الصحّة لم يكن للضمان حينئذ وجه ، ضرورة اقتضاء صحّة العقد عدم الضمان إلا ما خرج ، كما هوواضح ، والله العالم .

﴿ ولوكان له في يدغاصب﴾ مثلاً ﴿مالفقارضه عليه صحّ ولم يبطل الضمان﴾ السابق ، للأصل السالم عن معارضة وقوع عقدالقراض الذي لا يلزمه عدمه الضمان ، بل يجامعه في كثير من المقامات ، و لظهور قوله عليه السلام [1] « حتى يؤدي » في بقاء الضمان إلى حال التأدية التي ليس وقوع عقد القراض منها ، و كون العين في عقد القراض أمانة ، لاينافي الضمان من جهة أخرى ، و رفع اليد عن الغصب ليس وصولاً إلى يدالمالك ، لكن قد تقدم في كتاب الرهن منّا تحقيق ذلك على وجه يعلم منه قوة عدم الضمان ، ولو من جهة اقتضاء العقد الإذن في دوام القبض .

و ما في المسالك « ـ من أن مجرّد العقد لايقتضي ذلك ، و إنما يحصل الإذن بأمر آخر ، ولوحصل زال الضمان ـ واضح الضعف ، وإن حكي عن العلامة في التذكرة مستظهرا لذلك ، أن كون المال في يد العامل ليس بشرط في صحّة القراض ، فلو قال المالك: أنا أبقي المال في يدي وأدفع الثمن كلّما اشتريت متاعاً صحّ ، إلا أنه كماترى ضرورة عدم منافاة ذلك على تقدير تسليمه ، لاقتضاء إطلاق العقد ذلك ، كضرورة المكابرة في عدم دلالة إطلاق العقد على الإذن في البقاء و العمل به وتقليبه ، فإنه إذا لم يكن كذلك لم يبرء حتى ﴿ ف ﴾ ي صورة ما ﴿إذا اشترى بهودفع المال إلى البايع﴾ التي حكم المصنف وغيره ، بل في المسالك الاجماع عليه ، بأنه متى فعل ذلك ﴿برء﴾ من الضمان ﴿ لأنه ﴾ قد ﴿ قضى دينه ﴾ أي المالك ﴿ بإذنه ﴾ ضرورة صراحة ذلك في تحقق الاذن منه التي هو قد اعترف صريحاً بعد ذلك في كلامه بزوال الضمان معها

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

حتى أنه حكي عن بعضهم القول بالعدم ، وضعّفه بأنه حينئذ وكيل محض ، وإن كان له في القبض مصلحة إذ هو كالو كيل بجعل ، وبذلك ظهر لك انتقاض كلامه من جميع أطرافه .

و أما القول بعدم زوال الضمان معها أيضاً ، ففيه ـ مضافاً إلى ما سمعته ـ أنه أداء اليه ، ضرورة دخوله بذلك تحت سلطانه الذي هو معنى اليد ، و إن أردت زيادة التحقيق في ذلك فلاحظ ما سلف لنا في كتاب الرهن، والله العالم .

﴿ ولوكان له دين لم يجز أن يجعله مضاربة إلا بعد قبضه ﴾ بلاخلاف ولا إشكال لماعرفت من إعتبار العينيّة في مال القراض المنافية للدينيّة ﴿ وكذا لو أذن للعامل في قبضه من الغريم ما لم يجدّد العقد ﴾ بعد القبض ، إذ هو لم يخرج بالاذن عن كونه دينا .

نعم لو وكّله على القبض ثم العقد عليه قراضاً فيكون موجباً قابلا عنه صحّ ، بناء على جواز مثل ذلك .

و في المسالك ان في قول المصنف « مالم .... الى آخره » إشارة إلى صحة القبض وان كان مترتبا على عقد فاسد ، وفيه إنّه يمكن أن يكون ذلك مبنيا على إجازة القبض عنه ، بعد وقوعه ، على أن ظاهر العبارة فرض التصريح بالاذن مستقلاً ، لا المستفادة من العقد الفاسد والأمر سهل .

تفريع .

﴿ لوقال بع هذه السلعة فاذا نضّ ثمنها ، فهو قراض لم يصحّ لأن المال ﴾ أي الثمن ﴿ ليس بمملوك عند العقد ﴾ ضرورة عدم دخوله في الملك قبل وقوع البيع، على أنّه مجهول ، بل التعليق محقق ، فلا إشكال في الفساد ، خلافاً للمحكي عن بعض العامّة من الجواز ، فلاريب في فساده .

﴿ولومات ربّ المال وبالمال متاع فأقره الوارث لم يصحّ لأن﴾ العقد﴿الأول بطل﴾ بالموت ، و ليس هو فضولياً بالنسبة إلى الوارث الذي لم يكن له علقة بالمال حال العقد بوجه من الوجوه ، وبذلك افترق عن إجارة البطن الأوّل العين الموقوفة

مدّة زادت على حياتهم ، فإنّ الإجارة تصحّ بإجازة البطن الثاني ، لتعلّق حقّ لهم من الواقف ، فالاجارة على المدّة الزائدة في نفس الامر لهم ، و إن لم يعلم بها حال العقد ، بخلاف المقام الذي هوابتداء ملك للوارث بالموت ، وحينئذفالمدار في الفضولية كون المعقود عليه حال العقد للغير ، ولكن الفضولي أجرى العقد عليه ، بخلاف نحو المقام الذي هو للمالك ، ولكن بالموت ينتقل عنه إلى وارثه ، فليس هو في عقده على ماله فضولاً عن الغير الذي لامدخلية له حال العقد ، وكذا اجارة الإنسان ماله مدة مات في أثنائها ، بناء على انفساخ الاجارة ، فإنه لايجدي في صحّة الإستمرار إجازة الوارث .

نعم تجدي إجازة الوارث في مثل الوصية التي هي تصرف بعد الموت الذي هو محل تعلق حق الوارث ، و في مثل التنجيز في المرض الذي تعلّق فيه حقّ الوارث ، وصحّة الاجازة في الأوّل قبل الموت إنّما هو للدليل على أنه في التصرف بعده ، و كذا الثاني الذي قد عرفت الحق فيه ﴿ و ﴾ هو واضح.

بل ﴿ لايصحّ ابتداء القراض ﴾ في الفرض الذي قد عرفت امتزاج المال فيه ﴿ بالعروض ﴾ حتّى في النقد منه خاصة ،لعدم ذكر الحصة له ، وإنما ذكرت للجميع الذي منه العروض .

نعم لوفرض كون المال ناضّاً و أراد التجديد عليه لم يكن به بأس ، حتى إذا كان بلفظ التقرير ، لماعرفت من عدم اعتبار لفظ خاص في مثل هذا العقد ، والله العالم .

﴿ ولو اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل مع يمينه ﴾ سواء كان المال باقياً أو تالفاً بتفريط أو غيره ﴿ لأنه اختلاف في المقبوض ﴾ وفي الواصل إليه والداخل تحت سلطانه بالتصرف فيه ، ولاريب في أن الاصل عدم ذلك بالنسبة إلى الزايد ، بل هو في صورة التلف بتفريط ، غارم محض ، والأصل براءة ذمته ،فيكون هو المنكر ، بل ظاهر المتن وغيره أن ذلك كذلك حتى لوفرض ظهورربح لذلك أيضاً.

لكن قد يشكل حينئذ بأنّ ذلك يؤل من العامل إلى دعوى زيادة استحقاقه في المال المشخص ، بل ذلك في الحقيقة اختلاف في قدر استحقاق العامل في المال

المخصوص ، ولاريب في أنّ القول قول المالك فيه ، لأصالة عدم استحقاقه الزايد و أصالة عدم ربح للمال ، وعدم زيادته ، ولأن الأصل مع بقاء المال يقتضي كون جميعه للمالك ، بل هو كذلك حتى في صورة التلف بتفريط ، إذ المضمون قدر مال المالك ، و إذا كان الأصل يقتضي كون الجميع له إلا ما أقربه للعامل ، فهو ضامن له حينئذ، إذ الضمان تابع للاستحقاق .

و من هنا جزم في جامع المقاصد والمسالك بأنّ القول قول المالك في الفرض و استحسنه في الرياض ، و لعلّه الأقوى ، و منه يعلم ما عن فخر المحققين من أن القول قول المالك إلاّ مع التلف بتفريط ، إذ لا يخفى عليك ما فيه بعد الاحاطة بما ذكرناه .

﴿ ولوخلط العامل مال القراض بماله بغير إذن المالك خلطاً لا يتميز ضمن، لأنه تصرف غيرمشروع ﴾ له ضرورة كونه أمانة في يده، فلا يجوز خلطها كالوديعة، على أن الشركة عيب .

نعم لا يبطل العقد بذلك ، فيبقى الربح حينئذ بينهما على حسب الشرط ، و إن أثم بذلك العامل و ضمن ، هذا كله مع إطلاق العقد ، أمّا مع الإذن في ذلك خصوصاً أوعموماً فلابأس به مع المصلحة في الاخير ، كما هو واضح .

الامر ﴿ الثالث في الربح ﴾

﴿ و يلزم الحصة ﴾ منه ﴿ بالشرط ﴾ في هذه المعاملة إن نصفاً فنصف ، و إن ثلثا فثلث ﴿ دون الأجرة على الاصح ﴾ الموافق لما هو المشهور ، بل المجمع عليه من مشروعيتها ، المدلول عليها بقوله تعالى [1] « الا أن تكون تجارة عن تراض » و غيره و بالمتواتر من السنة المرويّة من الطرفين ، فما عن المفيد والشيخ في النهاية و سلار وابن البراج و ظاهر أبي الصلاح من عدم مشروعيتها فليس للعامل حينئذ إلاّ أجرة المثل ، و إن وقع من المالك اشتراط الحصّة من الربح ، الاّ أنه من الوعد الذي لا يجب الوفاء به ـ معلوم البطلان ﴿و﴾ واضح الفساد . نعم ﴿ لابدأن يكون ﴾

(١) سورة النساء الاية ـ ٢٩ .

جميع ﴿ الربح مشاعاً ﴾ على جهة الشركة بينهما ﴿ ف ﴾ لو كان لاحدهما شيءمعين منه والباقي للآخر بطل اجماعاً .

وكذا ﴿ لوقال خذه قراضاً والربح لي فسد ﴾ قراضاً ﴿ و ﴾ ان كان ﴿ يمكن ﴾ هنا ﴿ أن يجعل بضاعة نظراً الى المعنى ﴾ اذ قد عرفت أنها المال المدفوع ليعمل به ، على أن الربح لمالكه بلا أجرة للعامل ، فهي حينئذ توكيل في التجاره تبرّعاً ، لا تختص بلفظ ، فمنه اللفظ المزبور ، وان ذكر فيه لفظ القراض الاّ انه يمكن ارادة البضاعة منه ولو مجازاً فانه أولى من الغائه ﴿ و ﴾ لكن مع ذلك ﴿ فيه تردد ﴾ من ذلك ، و من ظهور اللفظ في ارادة المعنى الحقيقي الذى هو أعم من الصحيح و الفاسد ، وهو غير معنى البضاعة الذي هو الإقدام على التبرع في العمل ، و ليس في الفرض ما يشعر بذلك بوجه ، فدعوى اتحاد المعنى حينئذ واضحة الفساد ، كدعوى كون اللفظ لغوا .

﴿ وكذا ﴾ التردد ﴿ لوقال ﴾ خذه قراضاً ﴿ والربح لك ﴾ بين صيرورته قرضاً فالربح كلّه للعامل ، وبين كونه قراضاً فاسداً فالربح كلّه للمالك ، وعليه الاجرة للعامل ، الاّ أنّك قد عرفت مايقوى منه كونه قراضاً فاسداً كما هو المشهور ، الاّ أن تقوم قرينة حاليّة أو مقاليّة على ارادة الاقدام على التبرع في الاوّل ، وانشاء التمليك للمال في الثاني ، وكانه لمح الى ذلك في المسالك بقوله هنا « ومحلّ الإشكال اذا لم يقصد القرض ولا القراض ، إمّا بأن لم يقصد شيأ ، أولم يعلم ماقصد ، والا لكان قرضاً في الاوّل ، وقراضاً فاسداً في الثاني بغير اشكال .

لكن لايخفى عليك أنه لادلالة على القصد إلاّ بظاهر اللفظ الصادر من اللافظ والفرض صدور لفظ القراض منه ، والمنساق من اللفظ حقيقته ، فليس حينئذ إلا الحكم عليه بإرادة القسم الفاسد منه .

نعم بناء على اعتبار الشركة في الربح في مفهوم القراض يتجه احتمال إرادة التجوز منه ، بارادة البضاعة والقرض ، إلاّ أن الظاهر اعتبار ذلك في الصّحة لا المفهوم ، ومع الإغضاء عن ذلك كله فالأصل احترام عمل المسلم ، والأصل تبعيّة النماء للمال ، وعدم

إنشاء التمليك بعوض في الذمة ، و بذلك يظهر لك ما في قول المصنف .

﴿ أمّا لوقال : خذه فاتّجر به والربح لي كان بضاعة : ولو قال : و الربح لك كان قرضاً ﴾ ضرورة عدم الفرق بين هذا وبين ما تقدم ، إلاّ بعدم وجود لفظ القراض فيه ، ولكن ذلك لايعين إرادة القرض والبضاعة منه ، إلابدعوى إنصراف الاطلاق اليهما ، أو حمله عليهما ولو لأصالة الصّحة كما هو ظاهر المسالك ، إلا أنها يمكن منعها .

نعم لوقصد القرض والبضاعة منه لم يكن ثم إشكال ، بل لا إشكال في جريان القراض الفاسد عليه إذا قصد به ، فإن التصريح بالقراض و نحوه في العقد ليس بشرط ، بعد صلاحية العقد له .

ولو اختلفا في العقد المبطل ففي المسالك احتمل تقديم المالك ، لأنه أعرف به والعامل نظرا إلى ظاهر اللفظ ، وترجيحاً للصّحة ، ولو اختلفا في ضميمة اللفظ قدم قول مدعي مايصحّ معه العقد ، لأصالة الصحّة و عدم الضميمة .

قلت : لايخفى عليك عدم اتيان الوجهين بعد تسليم كون ظاهر اللفظ ذلك ، ضرورة عدم وجه لمن يدعي خلاف الظاهر بلاقرينة ، وإلالزم من ذلك فساد كثير ، كما أنه لايخفى عليك عدم كون الثّاني من مقام مدعي الصّحة والفساد ، ضرورة عدم اتفاقهما على حصول المعاملة المخصوصة بينهما ، و اختلافهما في الصحة والفساد ، كي يقدّم مدّعيها على مدّعيه ، و إنما اختلافهما في أن الواقع بينهما قراض فاسد ، أو بضاعة صحيحة ، نحو الاختلاف في أن الواقع بينهما بيع فاسد أو إجارة صحيحة ، ولعلّ الوجه في مثله التحالف ، فلم يثبت العقد الصحيح حينئذ لمدّعيه ، ويبقى على الأصل الذي قد عرفت اتحاده في الحكم مع القراض الفاسد ، لقاعدة احترام عمل المسلم ، وتبعية النّماء .

ألّلهم إلاّ أن يقال: إنّ أصالة الصحة أيضاً تجري في نحو الفرض ، باعتبار إتفاقهما على كون الواقع بينهما أحدهما ، و الفاسد منهما ينفي بالأصل ، فليس حينئذ إلا الصحيح ، أو يقال : إن محلّ الفرض في عبارة المسالك الاختلاف في ضميمة اللفظ المقتضي للفساد و عدمها ، ولاريب في موافقة الثاني للأصل .

نعم قد عرفت الاشكال في الصّحة مع عدم اللفظ، أللّهم إلاّ أن يدعى انسياق ذلك من نحو اللفظ عرفاً، و هو كماترى خصوصا بعد ما عرفت من اقتضاء الأصول مع الشّك، نتيجة القراض الفاسد والله العالم.

﴿ولو شرط أحدهما شيئاً معيّنا والباقي بينهما فسد﴾ لا ﴿لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلاتتحقق الشركة﴾ بل لعدم ثبوت ما يدلّ على الصّحة في الفرض، ضرورة اقتصار النصّ والفتوى على صحّة المشتمل على اشتراك جميع الربح بينهماعلى جهة الاشاعة بنحو النصف و الثلث و الربع، و ما يؤدّي مؤدّاها، و منهما ينقدح الشك في تناول الاطلاقات له، هذا مع قطع النظر عن ظهور النصوص في البطلان، ولو لظهورهافي اعتبار الشركة الاشاعيّةفي جميع الربح، فضلاً عن صريح الفتاوى، فحينئذ يبطل القراض وإن وثق بالزيادة، لعدم اشتراك جميع الربح بينهما حينئذ، بعد اختصاص أحدهما بشيء معيّن منه، كما هو واضح.

﴿ولوقال خذه على النصف صحّ﴾ لتبادر كون المراد من مثل هذه العبارة أنّ الربح بينهما نصفين، لا لأن المالك لايفتقر إلى تعيين حصة للتّبعية، و إنما يفتقر إليها العامل الذي قد ذكر أنّ النصف له، فإنه المحتاج إلى الاشتراك، لمانظّر فيه في المسالك بأنه كمايحتمل ذلك، يحتمل أن يكون النصف المذكور للمالك، والآخر لم يذكره اتكالا على التبعيّة، فيبطل العقد، وحينئذ إفتقاره إلى تعيين حصّة العامل لايقتضي كون اللفظ المشترك محمولا عليه، وان كان ذلك لايخلو من نظر، خصوصاً بعد ما سلف منه من امكان تشخيص أصالة الصّحة نحو ذلك الا أنه يسهّل الخطب ما عرفته من تبادر المعنى المزبور من غير اختصاص لأحدهما ﴿و كذا لو قال:﴾ خذه ﴿على أن الربح بيننا﴾ للتبادر المذكور، ومن هنا لو اتفقا على ذكر ذلك ﴿و﴾ اختلفا بالتفاوت ﴿يقضى بالربح بينهما نصفين﴾ كما في كلّ مقام ذكر فيه لفظ الاشتراك أو ما يؤدي مؤدّاه في الأقرار و غيره، فإنّه يفهم عرفا منه مع الاطلاق التساوي، فما عن بعض الشّافعية ــ من الحكم بالبطلان لمنع التبادر المزبور فيتجهل العقد ــ واضح الفساد والله العالم.

﴿ ولو قال : ﴾ خذه ﴿ على أنّ لك النصف صحّ و ﴾ أمّا ﴿ لو قال : على أنّ لي النصف واقتصر ، لم يصح ﴾ لأنّه لم يعين للعامل حصة ﴿ و قد قيل : في وجه الفرق إن الربح لما كان تابعاً للمال ، والأصل كونه للمالك ، لم يفتقر الى تعيين حصّته ، فإن عيّنها كان تأكيداً ، وأما تعيين حصّة العامل فلابد منه ، لعدم استحقاقها بدونه ، فإذا قال : النصف لك كان تعييناً لحصّة العامل ، و بقي الباقي على حكم الأصل ، بخلاف العكس فإنه لم يقتض ذلك كون النصف الآخر لغيره ، بل هو باق على الأصل أيضاً، فيبطل العقد.

قلت : قد يمنع ذلك بدعوى انسياق إرادة كون الربح بينهما نصفين من نحو هذه العبارة عرفاً ، من غير فرق بين ذكر النصف للمالك أو للعامل ، فإنّ المراد النصف الآخر للآخر ، كما هو واضح .

﴿ ولو شرط لغلامه ﴾ أو غلام العامل ﴿ حصّة معهما صح ، عمل الغلام أو لم يعمل ﴾ بناء على أنّ العبد لا يملك شيئاً ، فاشتراطها حينئذ له اشتراط لسيده والفرض أنه أحدهما ، ويجوز تساويهما في الحصة وتفاوتهما .

نعم بناء على ملكه يتجه فيه ما سمعته من الاشتراط للأجنبيّ ، لكن قد يناقش بعدم دلالة الاشتراط للعبد على إرادة الاشتراط للسيّد ، وعدم قابلية العبد للملك لا يصلح قرينة لذلك ، على أنه يمكن فرض العلم بعدم إرادة ذلك ، والمتجه حينئذ فيه البطلان ، إلّا أنّ الانصاف إمكان دعوى انسياق إرادة المالك عرفاً على نحو الاشتراط للدّابة أو السفينة .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو شرط لأجنبيّ و ﴾ لو كان خادماً لأحدهما فالمشهور أنه إن ﴿ كان عاملا صحّ ﴾ الشرط لأنه حينئذ يكون بمنزلة العامل المتعدد ﴿ وإن لم يكن عاملاً فسد ﴾ لأنّ الثابت من القراض ما كان تمام الربح فيه مشتركاً بين المالك والعامل ، هذا - ولكن في المسالك « لابدّ من ضبط العمل بما يرفع الجهالة وكونه من أعمال التجارة لئلا يتجاوز مقتضاها ، وإنّما وصفه بالأجنبيّ مع كونه عاملا ، لأن المراد بالعامل هنا من يكون إليه التصرف في جميع ما يقتضيه العقد ،

وهذا المشروط له ، ليس كذلك ، وإنما اشترط عليه عمل مخصوص بأن يحمل لهم المتاع إلى السوق ، أو أن يدلّل عليه ، ونحوه من الأعمال الجزئية المضبوطة ، فلو جعل عاملاً في جميع الأعمال ، كان العامل الذي هو أحد أركان العقد متعدّداً ، وهو غير محلّ الفرض ، وبهذا يندفع ما قيل من انّ شرط العمل ينافي كونه أجنبياً » .

قلت : قد يقال : إنّ ظاهر النصوص أو المتيقن منها كون الربح في القراض بين المقارض ، والمقارض ، والعامل المذكور إن فرض كونه مقارضا صار من تعدّد العامل ، وهو غير ما نحن فيه ، ولذا اعتبر فيه تعيين العمل الذي لا يعتبر مع فرض كونه مقارضاً ، وإلاّ كان أجنبياً لا يجوز الشرط له وإن عمل بعض مقدمات التجارة ، فانّ ذلك لا يجعله عاملا ، بمعنى كونه مضارباً ، وإلاّ لجاز الشرط مع العمل لغير التجارة ، بل ومع عدم العمل أصلاً ، ضرورة اشتراك الجميع في المصحح ، بناء على أنه الاشتراط المزبور .

ومن ذلك يعلم ما في قول المصنف ﴿ وفيه وجه آخر ﴾ بناءً على أنه ما حكاه في المسالك من صحة الشرط له وإن لم يعمل ، لعموم [1] « المؤمنون » [2] « وأوفوا » أوأنّ المشروط يكون للمالك حيث لم يعمل ، رجوعا إلى أصله ، لئلاّ يخالف مقتضى العقد ، ولا قدام العامل على أنّ له ماعيّن له خاصّة ، إذقدعرفت أنّ ظاهر النصوص أو الثابت فيها ما سمعت على وجه لا يعارضه العموم المزبور ، بناء على شموله لمثل المقام . والله العالم .

﴿ ولو قال ﴾ خذه قراضاً و ﴿ لك نصف ربحه صحّ ﴾ بلا خلاف ولا إشكال وإنّما ذكره مقدّمة لقوله ﴿ وكذا لو قال : لك ربح نصفه ﴾ بناءً على إرادة نصف ما يربح من المال قلّ أو كثر ، إذ هو حينئذ كالأوّل في المراد ، وإن تغيّرت العبارة وذلك لأنّ الفرض إشاعة النصف ، فكلّ جزء من المال إذا ربح فنصف ربحه للعامل، ونصفه للمالك ، ولوفرض كون الربح للنصف خاصة ، كان ذلك هو رأس المال ، والذي

---

(١) الوسائل الباب ـ ٢٠ ـ من ابواب المهور الحديث ـ ٤ ـ .

(٢) سورة المائدة الآية ـ ١ ـ .

لم يربح لا اعتداد به ، وكلّ جزء من النصف الذى ربح بين المالك والعامل ، لما عرفت من الإشاعة المزبورة ، وبذلك ظهر لك أنّ ما عن أحد قولي الشيخ من البطلان واضح الضعف ، بناءً على إرادته ما فرضناه ، وظني أنه لا يريده ، خصوصاً بعد تعليله البطلان بمنافاته لمقتضى القراض ، من أن ربح كل جزء بينهما ، وهنا قد شرط ربح النصف الواحد للمالك لا يشاركه فيه العامل ، والآخر بالعكس ، وربما ربح نصفه فيختص به أحدهما ، أو ربح أكثر من النصف ، فلا تكون الحصة معلومة ، ضرورة ظهوره في فرض موضوع البطلان ، أنّ حصّة كلّ منهما في النصف من حيث النصفية ولا ريب في البطلان مع هذا القصد ، وربما كان ذلك هو المتساق في بادى النظر من مثل اللفظ المزبور ، إلاّ أن التأمل الصادق يقضي بارادة ما ذكرناه أولاً فتأمّل . والله العالم .

﴿ ولو قال لاثنين ﴾ مثلا : ضاربتكما بهذا المال مثلا و ﴿ لكما نصف الربح ﴾ مثلا ﴿ صحّ ﴾ لاطلاق الأدلّة والسيرة ، ولفظ العامل في النصوص يراد منه الجنس الشامل لما زاد على الواحد ، أو المثال ، كالمالك فانه لا يعتبر فيه الاتحاد أيضاً ، فيجوز مضاربة الاثنين لواحد مثلاً ، كما أنه يجوز في الصورتين تمييز كل من مالي العاملين ، وعدمه ، وبذلك ظهر لك الحكم في جميع الصور المتصورة في المقام ، كما أنه ظهر لك ممّا تقدم سابقاً أنه لو وقع عقد المضاربة مع العاملين على النحو الذى فرضناه صحّ ﴿ وكانافيه ﴾ أى النصف ﴿ سواء ﴾ لما عرفته من اقتضاء الاطلاق ذلك ﴿ و ﴾ لو للتبادر .

نعم ﴿ لو فضّل أحدهما صحّ أيضاً ﴾ عندنا ﴿ وإن كان عملهما ﴾ فيه ﴿ سواء ﴾ ومختلفاً ، لأنّ غايته اشتراط حصة قليلة لصاحب العمل الكثير ، والحصة على الشرط مع ضبط مقدارها ، ولأن عقد الواحد مع الاثنين ، كعقدين ، فيصحّ كما لو قارض أحدهما في نصف المال ، بنصف الربح ، والآخر في نصفه الاخر بثلث الربح ، فانه جائز إتفاقا ، كما في المسالك خلافاً لبعض العامّة ، حيث اشترط التسوية بينهما في الربح مع استوائهما في العمل ، قياساً على اقتضاء شركة الأبدان ذلك ،

والأصل والفرع عندنا باطلان، كبطلان ما يحكى عن الجويني منهم، من اعتبار الاستقلال لكلّ من العاملين في صحة مضاربتهما، فلايجوز اشتراط مراجعة أحدهما الآخر، إذ هو كما ترى، لا مستند له، بل إطلاق الأدلّة على خلافه.

إنما الكلام في جملة من الفروع المتعلّقة بالمسألتين التي لم نعثر على محرّرلها منها ـ ما لو اتفق فسخ المضاربة بفاسخ قهريّ أو اختياري، وكان أحدهما قد عمل وربح والآخر بعد لم يعمل، فهل يستحق حصّته من الربح وإن لم يكن له مال ولا عمل.

ومنها ـ فيما لو قارض الإثنان واحداً بعقد واحد، وحصة مشاعة منهما، إلا أنّ مال كلّ منهما متميز، فعمل بأحدهما وربح، ولم يعمل بالآخر، أو عمل ولم يربح، واتفق انفساخ المضاربة، فهل يستحق من لم يربح ماله بربح مال الآخر، وهل تجبر خسارة مال أحدهما بربح مال الآخر باعتبار إتحاد عقد المضاربة أولا، بل هي بمنزلة مضاربتين يلحق كلا منها حكمها بالنسبة إلى ذلك، من غير مدخلية للأخرى فيها، وإنما الاتحاد يؤثر بالنسبة إلى سراية الفسخ أو الانفساخ من أحدهما إلى الآخر، لكون العقد واحداً فلا يتبعض، والذي يقوى في هذا، الثاني، كما أن الذي يقوى في سابقه الأوّل، لأنه مقتضى عقد المضاربة، إلى غير ذلك من الفروع في المقام التي تلحق الصور المتصورة فيه باعتبار تعدد المالك والعامل، واتحاد المال وتعدده، ومنشأ الاشكال في الجميع اتحاد صيغة المضاربة والله العالم.

﴿ ولو اختلفا في نصيب العامل فالقول قول المالك مع يمينه ﴾ عند علمائنا كما في التذكرة، لأنه منكر للزايد، ولأن الأصل تبعية النماء للمال، فلا يخرج عنه إلاّ ما أقرّ المالك بخروجه عنه، من غير فرق في ذلك بين ظهور الربح وعدمه، لكن في جامع المقاصد « هذا واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كلّه بفسخ العقد، وأمّا بعد حصوله فإنّ كلا منهما مدع ومدعى عليه، فإنّ المالك يدعي استحقاق العمل الصادر بالحصّة الدّنيا، والعامل ينكر ذلك » وضعّفه في المسالك بأنّ نفس العمل لا تتناوله الدعوى، لأنه بعد

انقضائه لا معنى لدعوى المالك استحقاقه ، وكذا قبله ، لأنّ العقد الجائز لا يستحق به العمل ، وإنّما المستحقّ المال الذي أصله للمالك ، وحقيقة النزاع فيه ، فيجيىء فيه ما تقدّم من الاصول .

قلت : أوّلا : قد يتصور النزاع قبل ظهور الربح فيما لو اتفق لزوم المضاربة ولو بالاشتراط في عقد لازم ، وحينئذ يتّجه دعوى المالك .

وثانياً : أنه لاريب في أنّ كلاّ منهما مدع ومنكر إذا كان نزاعهما في تشخيص ماوقع عليه عقدالمضاربة ، ضرورة إقتضاء الاصل عدم كل من الشخصين نعم بعد تعارض الاصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر ، ولا ريب في كونه مع المالك ، لان الاصل عدم استحقاق العامل الزايد ، نحو ما ذكروه في الاختلاف في الاجرة في عقد الاجارة ، والثمن في البيع مع عين تلف المبيع ، وغير ذلك من المقامات التي حكموا فيها بأنّ القول قول المالك ، بل ظهر لك حينئذ أولوية ذلك في حال ظهور الربح . وأمّا حال عدمه وفرض لزوم العقد ، فانه وإن كان قد يقال : إنّ المالك حينئذ مدع استحقاق العمل ، لكن قد يدفع بأنهما قد اتفقا على استحقاقه ، وإنما النزاع في الحصّة كالاجرة ولا ريب في أن مدّعي زيادتها هو المدعي ، بعد قطع النظر عن النزاع في تشخيص العقد المتضمن لها والله العالم .

﴿ ولو دفع قراضاً في مرض الموت ، وشرط ربحا صحّ ، وملك العامل الحصّة ﴾ وإن كانت أزيد من أجرة المثل ، وقلنا بأنّ التبرّعات من الثلث ، لكن من المعلوم أنّ ذلك فيما إذا فات سببها على الوارث ، بخلاف المقام الذي لا فوات ، فانّ الربح أمر معدوم متوقع الحصول ، وليس مالا للمريض ، بل هو على تقدير حصوله أمر جديد حصل بسعي العامل ، وحدث على ملكه بعد العقد ، فلم يكن للوارث فيه اعتراض ، وبذلك افترق عن مثل نماء الدّابة والشجرة .

﴿ ولو قال العامل : ربحت كذا و رجع ، لم يقبل رجوعه ، وكذا لو ادعى الغلط ﴾ لسبق إقراره الماضي عليه ، لقاعدة « اقرار العقلاء على أنفسهم جائز » وقاعدة « عدم سماع الانكار بعد الاقرار » السالمتين عن معارضة قاعدة « سماع الامين في كلّ

ما يدعيه » بعد عدم ثبوت هذا العموم فيها ، وإنما الثابت المسلّم منها ما لم يسبق باقرار ، وعلى فرض العموم المزبور يمكن ترجيح قاعدة « الاقرار » عليها ، فتخص بها حينئذ ، بل قد يقال : إنّ ما نحن فيه من تقديم أحد قولي الامين على الآخر .

وعلى كلّ حال فلا ريب في تقديم إقراره السابق ، من غير فرق في ذلك بين ذكره وجهالته محتملا ، وعدمه ، خلافا لبعض العامة ، بل ظاهر قول المصنف وغيره لم يقبل عدم سماع بينته على ذلك ، لكونه مكذّباً لها باقراره السابق ، وعموم[1] « البيّنة على المدعي » إنما هو ظاهر في كون الدّعوى مسموعة ، لا ما إذا اسقطها الشارع بقاعدة « الاقرار » فيبقى حينئذ شهادة البيّنة نفسها ، بلا دعوى ، ولا ريب في تقديم قوله المخالف لها عليها ، لعدم ثبوت حجيتها في هذا الحال ، خصوصاً بعد أن كان المشهودبه حقاً له ، فلاريب في تقديم قوله فيه ، فتأمّل . هذا كله إذا كان ذلك منه رجوعاً أو دعوى غلط أو نحو ذلك .

﴿ أما لو قال : ثم خسرت ، أو قال : ثم تلف الربح ، قبل ﴾ لانه أمين يصدق بالنسبة إلى ذلك . نعم قيّده في التذكرة فيما إذا كان دعوى الخسران في موضع يحتمل ، بأن عرض في السوق كساد ، وإلاّ لم يقبل ، ولا بأس به .

﴿ والعامل يملك حصته من الربح بظهوره ﴾ ملكاً متزلزلا ﴿ ولا يتوقف ﴾ ذلك ﴿ على وجوده ناضا ﴾ على المشهور بين الاصحاب ، بل لا يكاد يتحقق مخالف فيه منا ، كما في المسالك ، بل لعلّه ظاهر التذكرة أيضاً ، لاتفاق اقتضاء العقد والنصّ والفتوى على كون الربح بينهما ، ولا ريب في تحققه بمجرّد ظهوره لغة وعرفاً .

وخصوص الصحيح[2] « رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم قال : يقوّم فان زاد درهماً واحداً انعتق ، واستسعى في مال الرجل » إذ لو لم يكن مالكاً لحصته بالظهور لم ينعتق ، فلاوجه حينئذ لذلك إلاّ دخول الحصة في الملك ، ويسرى العتق في الباقي كما هو القاعدة فيه .

(١) الوسائل الباب ـ ٣ ـ من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .
(٢) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من ابواب احكام المضاربة الحديث ـ ١ ـ .

ولأن الربح مع ظهوره مملوك ، فلابدّ له من مالك ، وربّ المال لا يملكه اتفاقاً ، ولا يثبت أحكام الملك في حقّه ، فيلزم أن يكون العامل ، إذ لا مالك غيرهما اتفاقاً .

ولأنّ العامل يملك المطالبة بالقسمة التي هي فرع الملك ، إذ لا يكفي في استحقاقها مجرّد العلقة ، لأنّها حينئذ ليست قسمة حقيقة ، وإطلاقهم يقتضي أنها حقيقة .

لكن مع ذلك كلّه عن الفخر عن والده أنّ في المسألة أربعة أقوال ، وإن كان لم يذكر القائل بها ، أحدها : ما سمعت .

الثاني : الملك بالانضاض ، لأنّه قبله غير موجود خارجاً ، بل مقدّر موهوم ، والمملوك لابدّ أن يكون محقق الوجود ، نعم الظهور موجب لاستحقاق الملك بعد التحقق ، ولهذا يورث عنه ، ويضمن حصته من أتلف المال وإن كان المالك .

الثالث : الملك بالقسمة ، لأنّه لو ملك قبلها لكان النقصان الحادث بعد ذلك شايعاً في المال ، كسائر الأموال المشتركة ، والتالي باطل ، لانحصاره في الربح ، ولأنّه لو ملك لاختص بربحه ، ولأن القراض معاملة جائزة ، والعمل فيها غير مضبوط ، فلا يستحق العوض فيها إلا بتمامه كمال الجعالة .

الرابع : أنّ القسمة كاشفة عن ملك العامل ، لأنّ القسمة ليست من الأسباب المملكة ، والمقتضي للملك إنما هو العمل ، وهي دالّة على تمام العمل الموجب للملك لكن في المسالك « عن التذكرة أنّه لم يذكر في المسألة عن سائر الفقهاء من العامّة والخاصّة سوى القولين الأوّلين ، وجعل الثاني للشافعي في أحد قوليه ، ولأحمد في إحدى الروايتين ، ووافقنا في الباقي على الأوّل ، فلا يدري لمن ينتسب إليه هذه الاقوال ، وهي مع ذلك ضعيفة المأخذ ، فإنا لا نسلم أنّ الربح قبل الانضاض غير موجود ، لأنّ المال غير منحصر في النقد ، فإذا ارتفعت قيمة العرض فرأس المال منه ما قابل قيمة رأس المال ، والزائد ربح متحقق الوجود ، ولو سلّم أنه غير متحقق الوجود لا يقدح في كونه ملكاً ، فإنّ الدين مملوك ، وهو غير موجود في الخارج ،

بل هو في الذّمة أمر كلي ، هذا ما على الثاني .

وعلى الثالث أنه لا ملازمة بين الملك وضمان الحادث على الشياع ، إذ يجوز أن يكون مالكاً ، ويكون ما يملكه وقاية لرأس المال ، فيكون الملك متزلزلاً ، واستقراره مشروط بالسلامة ، وكذا لا منافاة بين ملك الحصّة ، وعدم ملك ربحها ، بسبب تزلزل الملك ، ولأنه لو اختص بربح نصيبه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ، ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ، ولأنّ القسمة ليست من العمل في شيء ، فلا معنى لجعلها تمام السبب في الملك ، فلا وجه للالحاق بالجعالة ، كما نبّه عليه في الوجه الرابع ، ومن ضعف ما سبق يستفاد ضعف الرابع ، لأنه مرتب عليها .

وقد تبع بذلك كلّه أو اكثره ما في التذكرة وجامع المقاصد ، إلاّ أن الانصاف عدم خلو المسألة من إشكال إن لم يكن اجماعاً ، وذلك لأنّ الربح حقيقة ما زاد على عين الأصل الذي هو رأس المال ، وقيمة الشيء أمر وهميّ لا وجود له ذمة ، ولاخارجا وإنما هو من فروض الذهن ، وبذلك افترقت عن الدين الذي هو وإن كان كلياً ، إلاّ أنه مال ـ شرعاً وعرفاً ـ موجود في الذمة ، بخلاف قيمة الشيء ، وعدم انحصار المال في النقد ، بل هو والعرض مال ، لا يقتضي تحقق الربح حقيقة ، بعد ما عرفت أنه حقيقة الزايد على عين رأس المال المتوقف على تحقق رأس المال في الخارج ، ولا يكفي فيه كون الشيء يسوى مقدار رأس المال ، ضرورة عدم صيرورته بذلك عين رأس المال .

نعم قد يطلق على مثل ذلك أنه ربح تسامحاً بناء على أصل السلامة ، وإمكان الانضاض في ساير الاوقات ، ونحو ذلك مما يخرجه من القوة إلى الفعل ، وحيث كانت قريبة إليه أطلق عليه اسم الربح ، وبذلك يظهر لك سقوط جملة من الادلّة السابقة المبنيّة على كون ذلك ربحا حقيقة ، وطلب القسمة حقيقة انما يتم بعد الفسخ مع رضى المالك بالعروض عوضا عن رأس ماله ، وهو خروج عما نحن فيه .

نعم لا بأس أن يقال : انه بالظهور ملك العامل أن يملكِ ، بمعنى أنّ له الانضاض ولو قدر رأس المال ، فيتحقق الربح حينئذ ويتبعه تحقق الملك ، وبه يورث

ويضمن التالف له ، وغير ذلك ، فان أراد الاصحاب بالملك حال الظهور هذا المعنى الذي لا ينافيه قواعد الشركة ، ولا قاعدة تبعية النماء ، ولا غير ذلك ، كان متجها والا فقد عرفت ما فيه ان لم يكن اجماعا ، بل لعلّ الوجه في خبر عتق الاب ذلك أيضا ، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبنيّ على السراية ، فان ملك أن يملك جزءً من الاب أيضا موجب كالملك نفسه ، فتأمّل جيّداً . فانّ المسألة محتاجة الى تأمل وحسن انتقاد .

وكيف كان فقد صرّح غير واحد من الاصحاب ـ القائلين بالملك بالظهور ـ أنّ المراد به ملك متزلزل ، بل لعله اجماع بينهم ، وحينئذ فالكلام فيما يستقرّ به وفي المسالك « هو امّا انضاض جميع المال ، أو انضاض قدر رأس المال مع الفسخ أو القسمة أو لا معها ، على قول قويّ ، وبدونه يجبر ما يقع في التجارة من تلف أو خسران ، سواء كان الربح والخسران في مرّة واحدة أو مرتين ، أو في صفقة أو اثنتين وفي سفرة أم سفرات ، لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال في زمن ذلك العقد فاذا لم يفضل شيء فلا ربح ، وهو محلّ وفاق ، وسيأتي بعض أحكام ذلك » وفي القواعد « وانما يستقر بالقسمة او الانضاض والفسخ قبل القسمة » .

وتفصيل الحال أنّ في المسألة صوراً ، وذلك لانه امّا ينضم الى الظهور انضاض جميع المال ، أو قدر رأس المال مع الفسخ والقسمة ، أو أحدهما ، أو بدونهما ، أو ينضم إليه القسمة دون الانضاض ، ثم القسمة إمّا للربح فقط ، أو لجميع المال .

الأولى : أن ينضم إلى الظهور الانضاض لجميع المال أو قدر رأس المال فقط مع الفسخ والقسمة ، ولاريب في الاستقرار حينئذ ، ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك .

الثانية : الصورة بحالها لكن مع عدم القسمة ، وفيه وجهان أصحّهما في جامع المقاصد ومقرّبهما في التذكرة ومختارهما في ظاهر القواعد الاستقرار ، لان العقد قد ارتفع ، ورأس المال حاصل ناض ، فيخرج عن كونه وقاية ، لارتفاع حكم القراض بارتفاع العقد ، ولوجوب صرف الربح إلى ما شرطاه حيث ارتفع العقد .

والثاني العدم ، للاستصحاب ولظاهر قوله [1] « على اليد ما أخذت حتّى تؤدي » ولعلّه لذلك تردّد الفاضل في محكي التحرير ، لكن قد يجاب عنهما بحصول التأمّل عن الاوّل بارتفاع العقد المقتضي لخروج المال عن كونه مال قراض ، فيبقى أمانة ، لان اليد في الاصل لم تكن يد ضمان ، فينتفي حكم جبرانه من الربح ، لانه دائر مع كونه قراضاً ، وبأن وضع اليد على مال الغير وإن كان في العهدة إلى الاداء إلاّ أنه لا يلزمه خسران التالف بغير تقصير من الربح في صورة النزاع ، وإلاّ لانتقض بما بعد القسمة قبل القبض .

وفيه منع ارتفاع صدق اسم مال القراض عليه وإن ارتفع بالفسخ صدق كون العامل مقارضاً ، والادلّة مطلقة في أنّ الوضيعة في مال المضاربة على الربح الذي هو بينهما مع عدمها ، فالمتجه حينئذ بقاء حكم المضاربة على مالها ، خصوصاً مع فرض عدم إنضاض بعض مالها ، وقلنا بانّ للمالك مطالبة العامل بذلك ، إذ هو ليس إلاّ لبقاء حكم العقد السابق وإن انفسخ ، وربما يرشد إلى ذلك ما تسمعه في الصورة الثالثة ، بل قد يقال : إنّ تسليم رأس المال إلى المالك الذي أخذه منه من تتمة انتهاء عمل المضاربة ، وإلاّ لزم عدم كون الخسران من الربح فيما لو نض المال أجمع في بلد عمل العامل التي سافر إليها وفسخ هو عقد المضاربة ، ثم تلف بعض المال قبل الوصول إلى المالك ، والتزامه مناف لظاهر الادلّة ، إلى غير ذلك ممّا لا يخفى بادنى تأمّل ، كزيادة قيم عروض المضاربة قبل القسمة وقبل الوصول ، فانّ الظاهر استحقاق العامل فيها على شرطه في عقد المضاربة ، وغير ذلك مما يعرف منه قوة الوجه الثاني .

الثالثة : أن يقع الفسخ ، والمال عروض كله أو بعضه بحيث لم ينض رأس المال ، فان حصلت القسمة مع ذلك حصل الاستقرار ، لانقطاع حكم القراض ، وإلاّ بني على أن العامل هل يجبر على البيع والانضاض ، فان قلنا به فحكم القراض باق ، لبقاء العمل ، وإن قلنا بالعدم فوجهان كالوجهين السابقين في الصورة الثانية .

الرابعة أن تكون القسمة للربح خاصّة ، ولاريب في عدم مدخليته في الاستقرار

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

بل إن حصل شيء من الامور المذكورة يقتضي الاستقرار ، فثبوته به ، وإلاّ فلا .

وبذلك كلّه ظهر لك ما في عبارة القواعد من الحكم بالاستقرار بالقسمة في مقابل الانضاض المقتضي للاستقرار بها وإن كان المال عروضاً كلّه أو بعضه ، فان فيه عدم ايجابها الاستقرار بمجرّدها من دون فسخ القراض ، إذ لا معنى لها حينئذ إلاّ قسمة الربح ، لأنّ رأس المال لاشركة فيه إلا باعتباره وقسمة الربح وحدها لا تخرجه عن كونه وقاية ، إذ المدار فيه على ارتفاع القراض وانتهاء عمله ، وكذا قوله أو الانضاض والفسخ يقتضي ظاهرا اعتبار انضاض جميع المال ، وقد عرفت أنه يكفي انضاض قدر رأس المال ، كما أنه يقتضي عدم الاستقرار إذا حصل الفسخ والمال عروض ، لكنه صحيح على مختاره من وجوب الانضاض على العامل .

وأمّا عبارة المسالك فلا ريب في فسادها على ما حضرني من نسختها من عطف القسمة باو ، لكنّها غير نقية من الغلط ، والمتجه كونها بالواو ، وحينئذ يأتي فيما اختاره البحث السابق الذي ذكرناه في الصورة الثانية .

وأمّا الصورة الثالثة فليست مذكورة في كلامه ، وظاهره عدم الاستقرار فيها ، وقد عرفت الحال ، كما أنّك عرفت الإشارة إلى صورة الفسخ مع القسمة قبل القبض والمتّجه حصول القرار فيها ، بل ويتجه القرار أيضاً باتلاف المالك مال المضاربة الذي ظهر فيه الربح ، لتمحّض حقّ العامل حينئذ في ذمّة المالك ، وانفساخ المضاربة حينئذ كما لو استردّ المال منه ، بخلاف ما لو أتلفه أجنبي ، فانّ الظاهر بقاء المضاربة فيما اشتغلت به ذمّة الاجنبي ، كما صرّح به الفاضل في التذكرة والله العالم .

الامر ﴿ الرابع فى اللواحق : و فيه مسائل ﴾

﴿ الاولى ﴾ لا خلاف ولا اشكال في ان ﴿ العامل أمين ﴾ بل هو إجماعي : فـ ﴿ لا يضمن ﴾ حينئذ ﴿ ما يتلف إلا عن تفريط أو خيانة ﴾ ولو للتعدي فيه بأن فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه ، ولعلّ منه السفر بلا إذن من المالك ، وشراء شيء

نهاه المالك عنه ، ونحو ذلك ممّا عرفت ضمان العامل فيه ، وإن بقيت المضاربة ، بل ظاهر الادلّة كونه ضامنا للوضيعة التي تكون في ذلك ، بل صريح بعضهم أو ظاهره ضمانه بالثمن الذي يكون للشيء في البلد التي سافر عنها ، بل قد يقال : أو يقوى ضمانه الوضيعة المتجددة بعدالتعدي . وبالسفر مثلاً ، وإن تساوى السّعر في البلدين على وجه لو بقي في البلد التي سافر عنها لحصلت تلك الوضيعة أيضا ، لاطلاق كونها على العامل مع مخالفته . نعم لو فرض كون الوضيعة سابقا على سفره فتعدى وسافر وباع بما فيه تلك الوضيعة أمكن حينئذ عدم الضمان ، فتأمّل .

وعلى كلّ حال فلا إشكال ﴿و﴾ لاخلاف في أنّ ﴿قوله﴾ أي العامل ﴿مقبول في التلف﴾ لأنه أمين و ذويد على المال باذن المالك ، من غير فرق عندنا بين دعواه التلف بأمر ظاهر يمكن إقامة البيّنة عليه أو خفي .

﴿وهل يقبل في الرّد؟ فيه تردّد﴾ من كونه أميناً كالودعي ، ولما في عدم قبول قوله من التكليف بما لايطاق ، لاحتمال صدقه ، فتكليفه ثانياً بذلك من ذلك ، او التخليد بالسجن ، وهو المحكي عن الشيخ ، و من أصالة عدم الرّد ، فيكون المالك منكرا ﴿أظهره أنه لايقبل﴾ بعموم قوله عليه السلام [(١)] « البينة على المدعى » و قبول قوله في التلف مثلاً لايقتضى القبول في ذلك ، و ليس في الأدلّة ما يقتضى قبول قول الأمين في جميع مايدّعيه على وجه يشمل ماتحن فيه ، والقياس على الودعي غير جائز عندنا ، خصوصاً بعدالفرق بينهما بالقبض هناك لمصلحة المالك خاصّة ، بخلاف المقام الذي هو لمصلحتهما ، والتكليف بردّ المثل أو القيمة يرفع التكليف بما لايطاق ، و التخليد بالسجن ، إذ الكلام هنا في القبول وعدمه من حيث الغرامة و عدمها ، لامن حيث خصوص العين و عدمها .

فمن الغريب ما في جامع المقاصد والمسالك من أنه إذا لم يقبل قوله في الرّد يلزمه تخليده في السّجن لوأصرّ على انكاره المحتمل الصدق ، وهم قد تحرجوا من ذلك في الغاصب حيث يدعى التلف ، فضلاً عن المقام الذي هو أمين ، إلاّ أن يحمل على

(١) الوسائل الباب -٣- من ابواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى .

مؤاخذته و مطالبته به ، و إن أدّت إلى الحبس ، للاستظهار به إلى أن يحصل اليأس من ظهور العين ، ثم يؤخذ منه البدل للحيلولة ، إلاّ أنّ مثل هذا يأتي في دعوى التلف خصوصاً من الغاصب ، وليس في كلامهم تنقيح لهذا فينبغي النظر فيه .

قلت : لابأس بالتزامه في المقام ، والغاصب مع فرض ثبوت العين عنده ، في ظاهر الشرع ، إلاّ أن يرضى المالك بالبدل ، و يكون ذلك من جملة التعزيرات الشرّعية . لكن لايخفى عليك أن ذلك كلّه خروج عما نحن فيه ، و إن كان هو جيّداً حيث تكون الدّعوى في خصوص العين ، فما اطنب فيه صاحب الحدائق ـ من الإنكار عليه قائلا أني لا أعرف له وجهاً ، إذ الدعاوي كلها من هذا القبيل ـ في غير محله ، ضرورة أنّه ليس ذلك منهما في دعوى الغرامات ونحوها ، وإنّما هو في دعوى خصوص العين .

نعم فيه ما ذكرناه من أن المراد هنا من القبول و عدمه بالنسبة إلى الغرامة ، ولو فرض إرادة المالك خصوص العين ، لاتجه حينئذ ماذكراه فتأمّل جيّداً والله العالم.

المسألة ﴿ الثّانية : اذا اشترى ﴾ العامل ﴿ من ينعتق على ربّ المال ، فان كان باذنه صحّ ﴾ الشراء ﴿وينعتق﴾ قهراً عليه لعدم ملك الولد العمودين ﴿فان فضل ﴾ شيء ﴿ من المال ﴾ الذى دفعه للقراض ﴿ عن ثمنه كان هو ﴾ أي الباقي ﴿ قراضاً ﴾ لعدم انفساخ عقده ، و إلّا بطل القراض ، لأن مبنى عقد القراض على طلب الرّبح ، فكلّ تصرّف ينافيه يكون باطلاً ، و من جملته شراء من ينعتق على المالك ، لأنه تخسير محض ، فضلاً عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد ، فمع فرض اذن المالك فيه و شراء العامل له بعنوان هذه الإذن لم يكن ذلك من تصرّف المضاربة ، و انما هو من تصرّف الوكالة الخارجة عنها ، فتبطل حينئذ في ثمنها الذي هو بمنزلة استرداد المالك له ، و يكون الباقي حينئذ رأس المال ان كان ، و إلاّ بطلت المضاربة من أصلها ، هذا كلّه اذا لم يكن في العبد ربح حين الشراء .

﴿ و ﴾ أما ﴿ لو كان فيه ﴾ أى العبد المذكور ﴿ فضل ﴾ فالمحكي عن بعض أنه متى كان كذلك ﴿ضمن ربّ المال حصّة العامل من الزيادة ﴾ لتحقق الملك بالظهور ، ولايقدح فيه العتق القهري الصادر باذن المالك الذي مرجعه الى استرداد طائفة من

المال بعد ظهور الربح و اتلافها ، و ان سرى على العامل أيضاً بناء على السراية في مثله ، إلّا أنه يغرم المالك له نصيبه مع يساره ، وإلّا استسعى العبد فيه .

﴿و﴾ لكن مع ذلك كلّه ﴿الوجه﴾ عند المصنف و ثاني الشهيدين وغيرهما ﴿الأجرة﴾ لا الحصّة ، لما عرفت من عدم كون ذلك من عمل المضاربة المعتبر فيه امكان تقليب المال للربح ، وأما الأجرة فهي كما في المسالك على هذا العمل ، و على ما تقدمه من الحركات والسّفر وغيره من المقدمات من حين العقد الى حين وقوع الشراء الذي هو مع اذن المالك في قوة فسخه فيثبت للعامل عليه الأجرة ، كما اذا فسخ المالك قبل أن يشتري العامل ، ولكن بعدأن سعى وسافر وعمل نحو ذلك ، وأما العمل المزبورفهو وان لم يكن من مقتضيات العقد ، لكنه عمل مأموربه من المالك من فاعل مُعدّ نفسه للعمل بالعوض ، فيجب أن يثبت له أجرة مثله ، بل على فرض انحصار العمل من حين العقد فيه ، ففيه الأجرة ان كان مثله مما يحتمل الأجرة ، والافلا وحكم المصنف رحمه الله وغيره بالأجرة لايسع أزيد من ذلك ، بل المراد ان كان العمل له أجرة ، فإنّ الاحالة على أجرة المثل تقتضي أنّ للمثل أجرة قطعاً ، - الى أن قال - وبهذا يحصل الفرق بين عمل هذا العامل ، وعمل الوكيل الذي مبنيّ عمله على التبرّع والأجرة ليست من مقتضياته ، بخلاف القراض فإنه مبنيّ على طلب العوض على عمله ، من حصة أو أجرة .

قلت : هذا خلاصة ما في المسالك ، بل و جامع المقاصد ، بل و غيرهما ، لكن لايخفى عليك أوّلا - ان لم يكن اجماع - أنه لامانع من جعل مثل هذا التّصرف من مقتضى المضاربة ، مع التّصريح من المالك على جهة ضمان حصّته من الربح ، أو يسعى العبد فيها ، أو صيرورة العبد مشتركاً بينه و بين المالك ، بناء على عدم السّراية ، لاطلاق الأدلّة بل لعل صحيح [1] شراء العامل أباه الموجب لسراية العتق أيضاً على المالك ممّا يؤمى اليه أيضاً ، و قد عرفت سابقاً عدم دليل على اعتبار امكان التقليب في كل جزء من مال المضاربة نعم قد يقال : انّ كل ذلك ونحوه لايندرج في اطلاقها .

(١) الوسائل الباب -٨- من ابواب أحكام المضاربة الحديث -١- .

و ثانياً : انّ المتجه عدم الحصة و الاجرة معاً ، بناء على عدم كونه من تصرف المضاربة ، ضرورة صيرورته بالاذن في ذلك وكيلا محضاً على ذلك اذا كانت هي المراد منها ، وان أدّى ثمنه من مال المضاربة الذّى هو أحد أموال المالك ، وماذكره من الاجرة على المقدمات خروج عما نحن فيه ، ضرورة كون الكلام في الاجرة على نفس العمل ، كما أنّ دعواه الفرق المزبور بين العامل والوكيل كذلك أيضاً ، انهو في عمل العامل فيما عقدعليه من العمل ، لافي عمل أجنبي خارج عن المضاربة على ماهو المفروض.

نعم يبقى احتمال الاجرة باعتبار كونه عملا مأذونا فيه ، ولم يظهر من العامل له التبرّع ، لتصريح بوكالة أو غيرها ، و كان العمل مماله أجرة من غير فرق في ذلك، بين عامل المضاربة أو غيره ، كما أنه لا فرق في المقام بين ظهور الربح و عدمه بناء على ذلك فجعل الاجرة من المصنف و غيره فيما لويظهر الربح في غير محلّه ، بناء على ان ذلك ليس من عمل المضاربة كما هو واضح .

و ثالثاً : أنّ ما ذكره من أن ذلك من المالك في قوة فسخ المضاربة في ثمن العبد، قد يناقش فيه ، بأنه يقتضي انفساخ العقد أجمع ، لعدم تبعض العقد بالنسبة إلى ذلك ، لا أنّ المضاربة باقية فيما بقي ، إذ ليس هو كتلف بعض رأس المال ، إذليس ذلك فسخاً للعقد ، بل خروج عن قابليّة جريان أثر العقد فيه ، فالاً ولى حينئذ جعل المقام منه لا من فسخ المالك في بعض مال المضاربة باسترداد ونحوه ، و الامر سهل . و الله العالم .

هذا كله إذا كان الشراء من العامل باذن المالك ﴿ و إن كان بغير إذنه و كان الشراء بعين المال بطل ﴾ أى كان موقوفاً على الاجازة فيصحّ الشراء حينئذ و يقع العتق ، وإن لم يكن من المضاربة، بناء على عدم اندراج مثلها في تصرفها مع التصريح بالاذن ، فضلاً عن الاطلاق ، و احتمال البطلان ـ وعدم تأثير الاجازة في مثل هذا التصرف للنهي عنه ـ كما ترى، ضرورة عدم نهي عنه لذاته أو لبعض أركانه كي يترتب عليه الفساد ، و إنّما هو لعدم ترتب حكم المضاربة عليه ، و ذلك لا ينافي الفضوليّة، خصوصاً إذا كان قد أوقعه بعنوانها كما هو واضح .

وعلى كل حال فظاهر المصنف عدم الفرق في ذلك ، و فيما يأتي من الشراء بالذمة

بين العلم بالنسب و حكم الشراء المذكور ، و الجهل بهما ، أو بأحدهما لما عرفت من عدم دخول هذا التّصرف في المضاربة حتى مع التّصريح بالإذن ، و التباس الأمر ظاهراً لا يقتضي الإذن ، لكن احتمل بعضهم الفرق أو مال إليه ، فحكم مع الجهل بصحّة البيع ، و الإنعتاق على المالك قهراً ، ولا ضمان على العامل ، لان العقد المذكور إنما يقتضي شراء ما ذكر بحسب الظاهر ، لا في نفس الأمر لاستحالة توجه الخطاب إلى الغافل ، لاستلزامه التكليف بما لا يطاق ، كما لو اشترى معيباً لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب.

والفرق بين المعيب وما نحن فيه، بجواز شراء المعيب اختياراً دونه ، لايدخل فيما نحن فيه لأن الكلام في حالة لا ربح فيها بفرض اتيان العيب على النفس ، و الحال أنه جاهل به ، وافتراقه عنه في حالة أخرى لا دخل له في المطلوب ، و بالجملة حكمهم بصحّة العقود التي يظن فيها الربح و إن ظهرت على خلاف ذلك ، بل على ضدّه يقتضي كون الحكم هنا كذلك .

ومن هنا استشكل في المقام ثاني الشهيدين بل قال : « ويقوى الإشكال في جاهل أحدهما خصوصاً جاهل الحكم لانه غير معذور ، لقدرته على التحفظ ، فإنّ العلم مقدور لنا ، أما جاهل النسب فمعذور بما تقدم ، كما أنه في جامع المقاصد مال إلى بطلان البيع في المقام ، و في غيره من شراء المعيب و نحوه ، قال : « فإن قيل : فلو كان شراء المعيب باعتبار العيب خالياً من الغبطة ، و إنّما ظنّها العامل بظن السلامة و كذا كلّ موضع ظن الغبطة فظهر خلافها ، قلت : لا أعلم الآن تصريحاً في حكم ذلك، و المتجه عدم صحة البيع ، فيأتي الاحكام السابقة » .

قلت : قد يفرق بين المقام و المعيب و نحوه بأن مبنى المضاربة على الإجتهاد بالنسبة إلى العيب و عدمه ، والرغبة فيها و عدمها ، و نحو ذلك مما يكون في ماليّة الشيء ، فالخطأ و الصواب فيه حينئذ كلّه من توابع المضاربة ، ضرورة جريانها على المتعارف في أعمال التجار التي لا ريب في اتفاق ذالك فيها . ، بخلاف المقام الذي لم يكن حاضراً في الذهن ، ولا هو من متعارف التجارة ، فمع فرض عدم كون شرائه

من تصرف المضاربة ، ولا إذن فيه صريحاً لم يكن الجهل به أو بحكمه موجباً للاذن من المالك ، ضرورة عدم كون عنوان الإذن في المضاربة المجهول حاله على وجه يشمل المقام ، فلا يبعد كون العلم طريقاً في المفروض ، بخلاف المعيب و نحوه ، فإنه من عنوان المأذون فيه .

و من الغريب ما سمعته من جامع المقاصد من دعوى فساد البيع فيه ، نحو المقام الذي ربما ظهر من ثاني الشهيدين الاجماع على خلافه ، حيث نسب الصحة فيه الى حكمهم ، وان كان قد عرفت أن اندراج ما نحن فيه فيه - على وجه يترتب عليه صحة البيع والانعتاق و ان قلنا أنه ليس من تصرف المضاربة - محل منع ، فالمتجه حينئذ الفرق بين المقامين ، كما هو ظاهر المصنف والفاضل حيث أطلقا الحكم بالبطلان من غير فرق بين حالي العلم والجهل .

و كيف كان هذا كله اذا وقع الشراء بالعين ﴿ و ﴾ أما ﴿ ان كان في الذمة ﴾ التي قد عرفت عدم اندراجه في اطلاق المضاربة في غير المقام ، فضلاً عنه ، فحينئذ متى كان كذلك ﴿ وقع الشراء للعامل ﴾ ظاهراً وباطناً ﴿ إلا أن يذكر رب المال ﴾ لفظاً ، فيكون فضولاً أو نية فكذلك ، و ان الزم به ظاهراً إلا أنه في الواقع موقوف على اجازة المالك ، فمع فرض عدمها كان له بيعه وان كان أباه مقاصة كما هو واضح .

وكذا الكلام فيما لو اشترى من نذر المالك عتقه ، بمعنى صيرورته حراً بدخوله في ملكه ، من غير فرق في جميع ما ذكرناه ، و ان أطلق في القواعد هنا صحة الشراء والعتق على المالك ، لكن التحقيق عدم الفرق في المسألتين والله العالم .

المسألة ﴿ الثالثة : لو كان المال لامرأة فاشترى ﴾ العامل ﴿ زوجها فان كان باذنها بطل النكاح ﴾ لعدم اجتماعه مع الملك كما حققناه في محله ﴿ وان كان بغير اذنها قيل : يصح الشراء ﴾ ولم نعرف قائله ، لكونه من موضوع العمل المأذون فيه اذ لا تلف فيه لرأس المال مع امكان طلب الربح فيه ، فهو حينئذ كشراء غير الزوج .

﴿ وقيل: يبطل الشراء ، لأن عليها في ذلك ضرراً ﴾ بانفساخ النكاح المفوت للمهر في بعض الأحوال ، و للنفقة و للاستمتاع ونحو ذلك ، فيكون تقييداً لاطلاق

الاذن ﴿ وهو أشبه ﴾ عند المصنف ، بل وعند ثاني المحققين والشهيدين أيضاً ، بناء على ارادة الوقوف على الاجازة ، من البطلان ، لاهو مطلقا حتى معها و ان كان هو محتملا ، بل حكي قولا إلا أنه كماترى ، مع أنا لم نعرف قائله ، وان حكي عن ظاهر مبسوط الشيخ ، لكن الحكم عليه واضح . كوضوحه بناء على الوقوف على الاجازة ، و قد أبطلته ، بل و ان أجازته ضرورة بطلان النكاح ، و عدم ضمان ما فاتها من المهر النفقة ، لاستناده الى اختيارها .

أمّا على القول بالصحة ففي المسالك الجزم بضمان ما فات بسببه مع علمه بالزوجية لأن التفويت جاء من قبله ، قال : « لكن ضمانه للمهر ظاهر ، أمّا النفقة فمشكل ، لأنها غير مقدرة بالنسبة الى الزمان ، ولا موثوق باجتماع شرايطها ، بل ليست حاصلة ، لان من جملتها التمكين في الزمان المستقبل ، و هو غير واقع الآن ، الاّ أن يقال : بأنه يضمنها على التدريج ، وهو بعيد ، والظاهر اختصاص ضمانه بالمهر على هذا القول و هو الذي ذكره جماعة » .

و نحوه في جامع المقاصد قال : « لاضمان على العامل لو أجازت المالكة البيع لما يفوت من المهر والنفقة ، لان ذلك باختيارها ، أما على الثالث أي الصّحة فيضمن اذا كان عالماً ، لان التفويت جاء من قبله » .

قلت : هو من الغرائب ان أراد ضمان النفقة ، ضرورة عدم كونها مالاً لها قد فوته عليها ، كما هو واضح . والاّ لضمنها القاتل للزوج ، و أمّا المهر فهو و ان أرسل ضمانه في كلامهما ارسال المسلمات كالفاضل في القواعد ، بل قد سمعت مافي المسالك من كون الحكم بضمانه ظاهراً ، لكن قد يناقش أوّلا : بحصول الاذن منها على فرض الصّحة ، ولو في ضمن الاطلاق ، والاّ لم يكن للحكم بها وجه ، و هي ترفع الضمان عن العامل ، كما لو وقعت صريحة ، ضرورة عدم الفرق بين استفادتهما من صريح اللّفظ أو اطلاقه .

و ثانياً بمنع فوات المهر عليها مع فرض عدم الفسخ من قبلها ، لكونه مستحقاً لها بالعقد ، ولعلّ مرادهما ضمانه المهر لسيّد العبد الّذي هو الزوج ، و حل هومهر

المثل أو الذي دفعه ؟ احتمالان ، كما أنهما يأتيان بالنسبة الى الجميع أو النصف مع فرض الحال فيما قبل الدخول .

وثالثاً : أنه بناء على أنّ ذلك من أسباب الضمان لم يكن للتقييد بالعلم وجه إذ لا تفاوت فيها بين العلم والجهل .

وبالجملة هذا الكلام منهما لا يخفى ما فيه ، خصوصاً مع بناء الصّحة على حصول الإذن منها الرافعة لضمان العامل ، وقد ذكرنا تحقيق الحال في نظير المسألة وهو الفسخ بالرّضاع في كتاب النكاح ، من أراده فليلحظه .

كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرنا حكم ما لو كان المال لرجل فاشترى العامل زوجته ، حتى ما حكاه في جامع المقاصد عن التذكرة ، من أنه على الصّحة لو كان الشراء قبل الدخول ، فقد قال في التذكرة : إنّ في لزومه نصف المهر للزوج وجهين ، فإن قلنا يلزم رجع به على العامل ، لأنه سبب تقريره عليه ، فيرجع به عليه ، كما لو أفسدت إمرأته النّكاح بالرّضاع ، قال : ولم يذكر حكم ما بعد الدخول ، وكأنه يرى عدم جواز الرجوع به ، لأنه قد تقرّر بالدخول .

قلت : قد عرفت الحال في ذلك كله خصوصاً مع ملاحظة ما ذكرنا في كتاب النّكاح والله العالم .

المسألة ﴿ الرابعة : إذا اشترى العامل أباه ﴾ أو غيره ممن ينعتق عليه ولا ربح صحّ الشراء ، وكان من مال القراض ، ﴿ فإن ﴾ كان قد ﴿ ظهر فيه ربح ﴾ حين الشراء أو بعده وقلنا بملك العامل بالظهور ﴿ انعتق نصيبه من الرّبح ﴾ ويسري في الباقي ﴿ و ﴾ لكن ليس عليه بل ﴿ يسعى المعتق في باقي قيمته ﴾ سواء ﴿ كان العامل مؤسراً أو معسراً ﴾ بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به غير واحد ، بل عن الغنية والسرائر الاجماع عليه وهو الحجة بعد صحيح [1] ابن أبي عمير عن محمد ابن قيس « عن الصّادق عليه السلام في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ، فاشترى أباه وهو لا يعلم ، قال : يقوّم فإن زاد درهما واحداً اعتق واستسعى في مال الرجل »

(١) الوسائل الباب ـ ٨ ـ من ابواب أحكام المضاربة الحديث ـ ١ ـ .

الّذي قد ترك الاستفصال فيه عن اليسار والاعسار ، مع أن المسؤل عنه مطلق الرجل لا رجل مخصوص ، كي يحتمل علم الإمام عليه السلام بحاله ، بل أطلق فيه الحكم أيضاً بالنسبة إلى ظهور الرّبح حال الشراء ، وتجدده بعده .

لكن مع ذلك احتمل أو قيل بالسراية مع التقويم على العامل المؤسر ، لاختياره السبب الموجب لها ، فيحمل الصحيح المزبور على الإعسار ، جمعاً بين الأدلّة أو على تجدّد الرّبح بعد الشراء ، بناء على عدم التقويم عليه فيه كما سيأتي ، بل في جامع المقاصد والمسالك احتمال بطلان البيع من أصله ، لأنّه مناف لمقصود القراض الّذي هو السعي للتجارة ، القابلة للتقليب للاسترباح المنافي لهذا الشراء المتعقب للعتق ، فيكون حينئذ باطلاً ، أو موقوفاً على الإجازة ، إلاّ أن الجميع كما ترى إجتهاد في مقابلة النّص والفتوى والاجماع ، بل من ذلك يعرف قوّة القول بجواز شراء أب المالك مضاربة مع الإذن ، كما أومأنا إليه سابقاً ، بل قد عرفت أن مقتضى الجميع عدم الفرق هنا بين الربح حال الشراء ، وتجدده بعده ، فإنه لا ريب في انعتاق نصيبه معه .

ولكن في جامع المقاصد والمسالك في سراية العتق حينئذ وعدمها وجهان : أحدهما نعم ، لاختياره السبب وهو الشراء ، إذ لولاه لم يملك شيئاً بارتفاع السوق وهو اختيارٌ للمسبب . وثانيهما لا ، لأنّ الشراءِ ليس هو مجموع السبب ، بل جزؤه والسبب القريب إنما هو ارتفاع السوق ، ولا دخل لاختياره فيه ، فلا يكون مختاراً للسبب ، لان جزءه غير مقدور ، فهو حينئذ كالإرث الذي لا يوجب سراية .

وفيه ما عرفت من أنه أيضا اجتهاد في مقابلة النص والفتوى ومعقد الاجماع التي لم يفرق فيها أجمع بين الأمرين .

نعم قد يقال بعدم اندراج مثل هذا الشراء في اطلاق المضاربة مع العلم بالنسب للضرر على المالك بانتظار سعي العبد الذي قد يعجز عن الأداء ، والصحيح مختص بحال الجهل ، والفتوى ومعقد الاجماع لا وثوق بإرادة هذا الفرد من إطلاقهما ، وحينئذ فالوقوف في مثله على الإجازة لا يخلو من قوة .

بقي الكلام في شيئين أحدهما : هو أنه ربماظهر من النص والفتوى جعل مناط الحكم المزبور تقويمه ، ثمّ النظر في زيادته على رأس المال وعدمها ، ولا ريب في عدم اعتبار ذلك ، ضرورة إمكان زيادة غيره من أعيان المضاربة على وجه يملك العامل حصته المشاعة المتحققة في الأب وإن لم تزد قيمته ، فإنه حينئذ لا ريب في جريان الحكم المزبور عليه ، والصحيح منزّل على ما إذا كان الأب هو جميع مال المضاربة ، لا ما يشمل الفرض ، كما أنه لا يشمل ما لو زادت قيمة الأب ، إلاّ أنه نقصت باقي أعيان المضاربة على وجه تكون تلك الزيادة جابرة أو أقلّ ، إذ لا ربح حينئذ ، والمراد من الصحيح الزيادة التي تكون ربحا .

الثّاني : إذا فرض كون الأب أحد أعيان المضاربة ، ولم يظهر ربح ، وأراد المالك والعامل الانضاض ، لكن قد يحتمل في اثناء ذلك وجود راغب أو تجدّد زيادة لبعض أعيانها ، فهل للعامل تأخير بيع الأب إذا أراد المالك تقديمه ، وجهان : أقواهما العدم ، ضرورة كونه ملكا للمالك الّذي هو متسلط عليه ، ولم تظهر زيادة يتسلط بها العامل ، فلا ريب في أنّ المالك حينئذ مقدم على العامل في ذلك ، خصوصا مع احتمال الضرر عليه ، بوجود الرّاغب لبعض الاعيان على وجه يوجب العتق ، وانتظار المالك إلى السّعي المحتمل عدم حصوله ، وليس هذا الفرض من ظهور الربح بعد خفائه الذي به ينكشف سبق ملك العامل ، بل هو من تجدّده باتفاق حصول راغب في بعض الأعيان ، وإن لم يكن قيمة لها ، ونحوذلك ممّا لا يوجب سبق ملك للعامل كما هو واضح .

المسألة ﴿ الخامسة : إذافسخ المالك ﴾ أو العامل أوهما ﴿ صحّ ﴾ بلاخلاف ولا إشكال ، لما عرفته من كون العقد جائزاً وكان الربح بينهما مع وجوده على حسب شرطهما ، فإن لم يكن ربح ﴿ وكان ﴾ المال ناضا أخذه المالك ، ولا شيء للعامل إلاّ أن يكون الفسخ من المالك فإنّ ﴿ للعامل أجرة المثل إلى ذلك الوقت ﴾ عند المصنف وبعض ، على ماحكي ، لان عمله محترم صدر باذن المالك لاعلى وجه التبرع .

ويشكل بأنه لم يقدم إلا على الحصة على تقدير وجودها ، ولم توجد ولا شيء

له ، والمالك مسلّط على الفسخ حيث شاء ، واحتمال دفعه ـ بأنه إنما جعل له الحصة خاصة على تقدير استمراره إلى أن يحصل ، وهو يقتضي عدم عزله قبل حصولها ، فاذا خالف فقد فوّتها عليه ، فتجب عليه أجرته ، كما إذا فسخ الجاعل بعد الشروع في العمل ـ كما ترى ، لاينبغي صدوره من فقيه ، ضرورة اقتضائه ضمان المالك الأُجرة لو فسخ ، وإن قلّبه العامل مراراً متعددة ولم يحصل ربح ، بل و إن خسر ، وهو مناف للمعلوم من شرع المضاربة المبنية على استحقاق العامل حصّة من الربح إن حصل ، وإلاّ فلاشيء له وأغرب منه ما يحكى عن إطلاق التذكرة من أنّ له الأُجرة في الفرض حتى لو كان الفسخ من العامل .

نعم قد يقال : بالأُجرة فيما لو عمل العامل وفسخ المالك قبل إتمام عمله المحتمل حصول الربح به ، باعتبار احترام عمله ، واقدامهما على الربح المترتب عليه ، والفرض احتماله ، فبالفسخ تفوت الحصة ، ولكن العمل على احترامه ، و رضاهما بهذا العقد الجائز المسلّط على الفسخ في جميع الاوقات لاينافي ثبوت الاجرة له من جهة أخرى ويمكن حمل مثل عبارة المصنف على ذلك ، كما أنّ منه يظهر لك ما في المسالك من عدم الفرق بين صورتي الفسخ قبل الانضاض وبعده .

﴿ و ﴾ كيف كان ف﴿ لو كان بالمال عروض ﴾ بعد الفسخ ﴿ قيل : كان له أن يبيعه ﴾ من دون رضا المالك ، و إن لم يكن قد ظهر فيه ربح ، لتعلّق حقّه به ، واحتمال وجود زبون يزيد في الثمن فيحصل الربح .

وفيه: أنّه لاحقّ له مع فرض عدم الربح ، والاحتمال المعارض باحتمال نقصان المال لايكفي في دعوى تعلّق الحق كما هو واضح .

نعم في المسالك « لو كان الزبون المذكور موجودا بالفعل توجه الجواز ،لأنه في قوة ظهور الربح » .

مع امكان المناقشة فيه أيضاً أوّلا : بمنع كونه في قوة ظهور الربح المتوقف صدقه عرفاً على زيادة قيمة المال في نفسه ، أو فعلّية الثمن من الراغب ، لاوجوده و إن لم يكن قد وقع منه ذلك ، وخصوصاً إذا حصل الراغب بعد الفسخ .

و ثانياً : بمنع تسلطه على ذلك في صورة ظهور الربح الذي لايزيد به على كونه شريكا ، و من المعلوم عدم سلطنة له على بيع مال الشركة بغير إذن الشريك .

﴿و﴾ بذلك ظهر لك أن ﴿الوجه المنع﴾ من البيع مطلقا ، لقاعدة منع التصرف في مال الغير بغير إذنه وغيرها ﴿ولو﴾ انعكس الحال بأن ﴿ألزمه المالك﴾ بالبيع ﴿قيل : يجب عليه أن ينض المال﴾ لأنه أخذه نقداً فيجب أن يرده كذلك لاطلاق قوله ﷺ[1] « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » و لحدوث التغيير في المال بفعله ، فيجب رده ، و فيه منع دلالة الخبر المذكور على وجوب رد المال المأخوذ بالاذن المتغير بها كما أخذه أولا ، ﴿و﴾ الأصل البراءة و ﴿الوجه﴾ حينئذ ﴿أنه لايجب﴾ عليه الاجابة هذا كله في صورة عدم ظهور الربح .

أما معه و كان المال عروضاً وطلب المالك انضاضه ، فقد جزم في جامع المقاصد والمسالك بوجوب الأجابة على العامل ، لأن استحقاقه الربح وإن كان ثابتاً بظهوره إلاّ أن استقراره مشروط بالانضاض ، فيحتمل عروض ما يقتضي سقوطه .

وقد تقدم سابقاً ما يعلم به قرارهذا الملك على القول به ، فبناء على أنه بالفسخ يحصل ـ لانتهاء المضاربة حينئذ ، ويتحقق حينئذ الشركة بين المالك والعامل بمقدار حصته من الربح المفروض ظهوره عندالفسخ ، وكل مايتجدد حينئذ من تلف وخسارة فهو حينئذ عليهما ، لايختص به الربح ـ يتجه حينئذ عدم وجوب إجابة العامل للانضاض وإن ألزمه المالك به ، لعدم ضمانه ما يعرض مع عدم وجوب الارجاع نقدا كما عرفت .

ومنه يعلم أيضاً الحال فيما لوطلب العامل البيع خاصة ، الذي ذكر في المسالك في وجوب إجابة المالك له وجهين ، ضرورة كون المتجه بناء على ماذكرناه عدم الوجوب بل لعله كذلك حتى على القول الآخر ، لامكان وصوله إلى حقه بقسمة العروض ، والارجاع نقداً إنما هو حق المالك فله اسقاطه ، ولأن حال العامل لايزيد على حال الشريك الذي من المعلوم أنه لايكلف إجابة شريكه إلى البيع ، كل ذلك مع طلب

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

العامل البيع في الحال .

أمّا لو طلب تأخيره إلى وقت متأخر كموسم متوقع ، فليس له ذلك قطعاً للضرر ، كالقطع بعدم ثبوت تسلط للعامل بناء على توقف ملكه على الإنضاض أو غيره . ومما ذكرنا يعلم الحال فيما لو كان الفسخ من العامل في هذه الصورة ، إذ الحكم كذلك ، بل ينبغي الجزم بعدم استحقاقه الأجرة لو كان ناضاً لاربح فيه ، وبعدم وجوب إجابة المالك إلى بيعه ، لأن المانع من قبله كما هو واضح .

ولو كان بعض المال ناضاً فإن كان قدر رأس المال ، اتجّه عدم اجبار العامل على انضاض الباقي ، لرجوع المال إلى المالك ـ كما كان ، و أولى منه لو كان أزيد .

أما لو كان ناقصاً ففي المسالك « توجه جواز اجباره على انضاض قدره ، لو قلنا باجباره على الانضاض فيما سبق » .

قلت : لكن قد عرفت الحال في ذلك و غيره على وجه تبين لك أن جميع ما في جامع المقاصد والمسالك هنا غير منقح . فلاحظ وتأمّل .

﴿و﴾ كيف كان ففي المتن وغيره أنه ﴿ إن كان ﴾ المال ﴿ سلفاً ، كان عليه ﴾ أي العامل ﴿جبايته ﴾ و إن فسخ المالك ، و كذا غيره من الديون المأذون فيها لاقتضاء المضاربة ردّ رأس المال على صفته ، والديون لايجري مجرى المال ، ولأنّ الدّين ملك ناقص ، والذي أخذه ملك تام ، و « على اليد ما أخذت » ولكن فيه ما عرفت ، من أنّ الاصل البراءة بعد عدم دلالة الخبر المزبور على ذلك ، مع فرض وقوع الدّين باذن المالك ، و انفساخ المضاربة ، فالمتجه حينئذ أيضاً عدم الوجوب ، و منه يعلم أيضاً ما في قول المصنف و غيره ﴿ وكذا لو مات ربّ المال وهو عروض ، كان له ﴾ أي العامل ﴿ البيع ، إلا أن يمنعه الوارث ﴾ بل هو مناف لماذكره سابقاً ، من أنّ الوجه المنع ضرورة عدم الفرق بين الفسخ الاختياري والقهري ، فليس له التصرف إلاّ باذن المالك من غير فرق بين ظهور الربح وعدمه ، كما ذكرنا الكلام فيه مفصلا وإليه اشار المصنف ﴿ وفيه قول : آخر ﴾ وهو ما ذكرناه من عدم جواز البيع إلاّ بالاذن ، لبطلان العقد و قد استوجهه في المسالك ، و هو في محلّه . والله العالم .

المسألة ﴿ السادسة: اذا قارض العامل غيره ، فا ن كان با ذنه ﴾ أي المالك ﴿ و شرط الربح بين العامل الثاني والمالك صح ﴾ لانه يكون حينئذ بمنزلة الوكيل عن المالك في ذلك ، وسبق عقد القراض معه لاينافي ذلك ، بل لايقتضي فساده ، لعدم ما يدل على اعتبار خلو المال عن وقوع عقد قراض عليه في صحة الثاني ، وان كان هو لا يستحق شيئاً من الربح ، بعدم العمل منه ، أمّا لو فرض عمل كلّ منهما صح وأخذ كل منهما ربح ما عمل به من المال على حسب ما شرط له .

﴿ و ﴾ على كل حال ف ﴿ لو شرط لنفسه ﴾ شيئاً من الربح ﴿ لم يصح لأنه لا عمل له ﴾ وايقاع عقد القراض ، ولو بالأقل من الحصة التي جعلها المالك له ، ليس من اعمال التجارة التي شرع جعل بعض الربح عوضاً عنها ، فلا يصح اشتراط شيء من الربح له ، حتى لو أذن المالك له في ذلك ، فا ن اذنه لاتفيد في شرعية غير المشروع اللهم الا أن يدعى دخول مثل ذلك في عمل المضاربة المشروعة ، لأنه مما يترتب عليه ربح للمال ، بل هو داخل في عمل التجارة والتكسب ، خصوصاً مع التصريح به في ضمن غيره ، فتأمل هذا .

و في المسالك « اذن المالك للعامل في المضاربة قد يكون بمعنى جعل العامل هو الثاني ، و العامل الاول اذا أراد ذلك بمنزلة وكيل المالك ، و قد يكون بمعنى ادخال من شاء معه ، و جعلهما عاملين ، و قد يكون بالاعم - الى أن قال - بعد الاعتراف بأن مراد المصنف هنا الاول : ولو كان الا ذن بالمعنى الثاني أو بالاعم و جعل الثاني شريكاله في العمل والحصة بينهما صح ، لا نتفاء المانع في الاول ، و هو عدم العمل » .

قلت : لكن يكون ذلك فسخاً للمضاربة السابقة ، و إنشاء جديداً من العامل باذن المالك أو أن المضاربة الاولى بحالها ، و لكن الحصة الاولى المشروطة للاول في المعنى مشروطة باستقلاله بالعمل ، أما مع فرض وضع شريك معه فلايكون حينئذ تشريك الثاني مع الاول با ذن المالك في حصته الأولى مضاربة على تلك المضاربة الاولى بلا فسخ لها ، ولا مانع من ذلك - وجهان و ليس في كلامه تحرير لذلك ، و

إنما اقتصر على الصّحة معللاً لها بانتفاء المانع ، وأنت خبير بأن انتفاء المانع في الأوّل لا يكون مقتضيا للصحّة هنا .

﴿ و ﴾ كيف كان فـ ﴿ لو كان بغير اذنه لم يصح القراض الثاني ﴾ و في خبر احمد بن محمد بن عيسى[1] المروي عن نوادره و عن أبيه « سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل أخذ مالاً مضاربة أيحل له أن يعطيه غيره بأقل مما أخذ ، قال : لا » و لكنه فضولي إن أجاز ترتب عليه حكمه ، وإلاّ بطل القراض ﴿ فا ن ﴾ فرض حصول ﴿ ربح ﴾ حينئذ ﴿ كان نصف الربح للمالك ، و النصف الآخر للعامل الأوّل ﴾ بناء على أن القراض كان كذلك ﴿ و عليه ﴾ أي العامل الأول ﴿ أجرة ﴾ العامل ﴿ الثاني ﴾ و بها صار عمله الذي قد عمله ، للاوّل الذى كان قد وقع القراض معه ، فيستحق حينئذ ما شرط له ، إذ ليس في عقد القراض ما يقتضي مباشرة العمل بنفسه ، ضرورة الاكتفاء بمتبرع عنه ، و بأجرة و نحو ذلك .

﴿ و قيل : ﴾ و القائل بعض الشافعيّة النصف الآخر ﴿ للمالك أيضاً لأ ﴾ نه نماء ملكه ، و القرض أ ﴿ نّ الأوّل لم يعمل شيئاً و الثاني غير مأذون عنه .

﴿ و قيل : ﴾ كما عن بعض آخر منهم أيضاً أنه ﴿ بين العاملين ، و يرجع الثاني ﴾ منهما ﴿ على الأوّل بنصف الأجرة ﴾ لأنه قد فاته بغرور منه نصف ما جعل له من الربح .

و لهم وجه رابع على ما حكي و هو أنّ جميع النصف للعامل الثاني عملاً بالشرط ، ولا شيء للأول إذ لا ملك له ولا عمل .

﴿ و الأول حسن ﴾ لما عرفت ، ولا ينافيه فرض عدم إجازة المالك اذ هي للقراض ، أمّا ماوقع منه من الشراء والبيع فهو با ذن العامل الاوّل الّذى لم يشترط عليه مباشرة ذلك بنفسه ، أقصى ما هنالك أنّ العامل الثاني أوقعه بعنوان أنه مقارض ، و قد بان فساده ، فاستحق على من غرّه أجرة المثل ، و فساد القراض يقتضي فساد الاذن

(١) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب أحكام المضاربة الحديث - ١ - مع اختلاف يسير .

الحاصل من العامل ، اذ الظاهر عدم كون ذلك قيداً لها هنا كما في نظائره .

و من ذلك يظهر لك ضعف الثاني ، ضرورة عدم استحقاق المالك له مع عدم فساد القراض الاوّل ، و صيرورة عمل العامل الثاني للاوّل ولو بغرم الاجرة له . و كذا الثالث ، فان كونه بين العاملين مع فساد القراض غير متصوّر ، اللّهم إلاّ أن يدعى أن العامل الاوّل له المضاربة بمعنى التشريك فيما له من الحصّة ، فاذا فرض أنه قد جعل له النصف من المجموع الموزع عليه و على المالك الذى لم يجز مضى فيما له ، بطل فيما يرجع إلى المالك الا انه لغروره إيّاه يغرم له الاجرة ، و منه ينقدح وجه الرابع المبني على تنزيل النصف على الراجع له، لا الموزّع منه و من المالك ، لكن الجميع كماترى، ضرورة عدم صحة المضاربة له من دون إذن المالك ، ولو بالتشريك في حصّته ، فوقوع ذلك منه حينئذ مقاولة غيرمشروعة ، هذا .

و لكن في المسالك « إن هذهالاقوال ليست لاصحابنا ، ولا نقلها أحد عن أحد منهم ، و إن كان ظاهر التعبير بـ« قيل و قيل » ذلك ، و إنما هي وجوه للشافعية ، ذكرها المصنف و العلامة في كتبه ، ونقل الشيخ في المبسوط قريباً منها بطريقةأخرى غير منقحة ـ إلى أن قال تبعاً لجامع المقاصد ـ : و التحقيق في هذه المسالة المرتب على أصولنا أنّ المالك إن اجاز العقد فالربح بينه و بين الثاني على الشرط ، و إن لم يجزه بطل ، ثم الشراء إن كان بالعين وقف على إجازة المالك ، فأن اجاز فالملك له خاصّة ، ولا شيء لهما في الربح ، أمّا الاوّل فلعدم العمل ، و أمّا الثاني فلعدم الاذن له ، و لكن له أجرة مثل عمله على الاوّل مع جهله ، لا مع عمله ، و إن كان الشراء في الذمة و نوى صاحب المال فكذلك ، و إن نوى عن عامله وقع الشراء له ، لانه وكيله ، و إن لم ينوشيئاً أونوى نفسه فالعقد له ، و ضمان المال عليه ، لتعديه بمخالفة مقتضى المضاربة ، و حيث لا يقع العقد للعامل الثاني فله الاجرة على الاوّل مع جهله إن لم يتعد مقتضى المضاربة » .

ثم إنهما قبل ذلك قد أطنبا في ذكر حكم الضمان لو تلف المال في يد العامل الثاني و ذكرا جملة من أحكام الغصب ، ولا يخفى عليك خروج جميع ذلك عما نحن

فيه ، ضرورة كون المراد بيان حكم القراض الثاني فيما إذا ربح المال ، و هو لايستلزم تسلّم المال إذ يمكن قراضه و عمله و المال في يد العامل الاوّل ، كما أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطة بما ذكرناه عدم الفضولية فيما أوقعه العامل الثاني بإذن الاوّل و إن لم يجز قراضه ، بناء على أن للعامل الاوّل الإذن لغيره في العمل ، و أنّ فساد قراضه لا ينافي ثبوت الإذن له في ذلك ، كما في غير هذه الصورة مما فسد فيه القراض فإنه يثبت للعامل أجرة المثل ، والمال ونماؤه للمالك ، وليس هو إلاّ لبقاء الإذن مع فساد القراض ، وما نحن فيه من ذلك .

ومن الغريب دعوى خروج هذه الوجوه عن أصولنا مع تصريح المصنف بحسن الأوّل منها ، بل مفروغيته من صحّة البيع وملك المالك النصف ، وعدم ذكر الفضولية هنا في شيء ممّا فعله العامل الثاني ، ونحو ذلك ممّا هو كالصريح في أن موضوع المسألة عنده غير ماذكراه ، وان اعتراضاه هما بنحو ماسمعته منهما هنا ، لكن الانصاف عدم وروده عليه ، وعدم مدخليّة لكثير ممّا ذكراه هنا في مفروض المسألة كمالايخفى على من لاحظ المقام وتأمّل . والله العالم .

المسألة ﴿ السابعة : إذا قال ﴾ المالك : ﴿ دفعت إليه مالاً قراضا ، فأنكر ﴾ العامل ذلك ﴿ فأقام المدعي بيّنة ﴾ على أنه دفع إليه مالاً قراضا ﴿ فادّعى العامل التلف قضي عليه بالضمان ، وكذا لوادعى عليه وديعة أوغيرها من الأمانات ﴾ لثبوت كونه خائناً بانكاره المال الذي قامت البينة عليه ، وأقرّ هو أيضاً به بعد ذلك بدعواه تلفه ، ولا ريب في كونه خيانة ، بل قد يقال : إنه لم تقبل دعواه حتى لو أقام بيّنة على تلفه منه بلا تعدّ ولا تفريط ، لتكذيبه إيّاها بانكاره الاوّل الذي هو أيضا اقرار في حقّه ، ومن هنا عبّر الفاضل في القواعد بعدم قبول دعواه .

لكن في المسالك « إنّ عبارة المتن أجود منها ، لاستلزام عدم القبول حبسه إلى أن يدفع العين ، وقد تكون تالفة ، إلاّ أن يتكلف نحو ما تقدم من حبسه مدة يظهر فيها اليأس من وجود العين» .

وفيه أنّ المقصود عدم قبول دعوى التلف التي كانت تقبل منه سابقا بيمينه في

اسقاط الضمان عنه ، وأما التكليف بالعين نفسها وعدمه فهو غير مقصود لهما ، فليس تعبير المصنف بالضمان تحرّزاً عن ذلك ، ضرورة عدم تصديقه مجرّد قوله بالنسبة إلى ذلك ، من دون استظهار بيمين أو بيّنة ، أو حبس أو نحو ذلك ، وعلى كل حال فهو مقام آخر غير ما نحن فيه ، يجري في الغاصب ونحوه ، هذا كله فيما إذا كان جوابه في الدعوى الأوّل ما سمعت .

﴿ أمّا لو كان جوابه : لا يستحق عندي شيئا أو ما أشبهه لم يضمن ﴾ وإن قامت البيّنة على دفع المال إليه قراضا ، لكون ذلك أعمّ من ضمانه ، بل لو ادعى التلف بعد ذلك سمع منه بيمينه ، لعدم التنافي بينه وبين كلامه الأوّل كما هو واضح .

المسألة ﴿ الثامنة : إذا تلف مال القراض أو بعضه ، بعد دورانه في التجارة ، احتسب التالف من الربح ﴾ الذي هو وقاية لرأس المال في شرع المعاملة وفي عرفها ، ﴿ وكذا لو تلف قبل ذلك ﴾ كما لو أذن له في الشراء في الذمة فاشترى ثم تلف المال ونقد الثمن عنه ، فإنّ القراض يستمرّ ويمكن جبره حينئذ بالربح المتجدد ﴿ و ﴾ لكن ﴿ في هذا تردّد ﴾ عند المصنف مما عرفت ، ومن أنّ التلف قبل الشروع في التجارة يخرج التالف عن كونه مال قراض ، إلاّ أنّ الأقوى عدم الفرق ، لأنّ المقتضي لكونه مال قراض هو العقد ، لا دورانه في التجارة ، فمتى تصوّر بقاء العقد وثبوت الربح ، جبر ما تلف مطلقا ، بل لا يخفى على من أعطى التأمّل حقّه ، عدم صدق الربح الّذي وقع الشرط بين المالك والعامل عليه إلاّ على ما يبقى بعد جبر جميع ما يحدث على المال ، من أوّل تسلمه إلى انتهاء المضاربة ، من غير فرق في النقصان بين انخفاض السّوق والغرق والحرق وأخذ الظالم والسارق وغير ذلك ، مما هو بآفة سماوية وغيرها ، فما عساه يقال أوقيل : ـ من اختصاص الحكم بما لا يتعلق فيه الضمان بذمة المتلف ، لأنه حينئذ بمنزلة الموجود ، فلا حاجة إلى جبره ، ولانه نقصان لا يتعلق بتصرف العامل وتجارته ، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق ونحوه ـ لا ينبغي أن يصغى إليه لما عرفت ، نعم لو فرض حصول العوض من التلف كان العوض من جملة المال . والله العالم .

المسألة ﴿ التاسعة : إذا قارض اثنان ﴾ مثلاً ﴿ واحداً ﴾ مثلا ﴿ وشرطا له النصف منهما وتفاضلا في النصف الآخر مع التساوي في المال ﴾ أو تساويا فيه مع التفاوت في المال ، ﴿ كان فاسداً لفساد الشرط ﴾ المقتضي زيادة لأحدهما على الآخر مع تساوي المالين ، أوالتساوي مع التفاوت في المالين بلا عمل من ذي الزيادة ، ضرورة كون العامل غيرهما ، وقد عرفت سابقا عدم جواز ذلك في الشريكين ، فكذا هنا ، إذ لا فرق بين امتزاج المالين وعدمه ، ﴿ و ﴾ لكن قال المصنف هنا ﴿ فيه تردد ﴾ ولعله من ذلك ، ومن احتمال كون اشتراط الزيادة هنا من العامل بمعنى أن صاحبها قد شرط له في العمل بماله أقل مما شرط له الآخر ، ولا ريب في جواز ذلك ، ضرورة عدم المانع المزبور منه .

لا يقال : ـ إن محل المسألة مع الإطلاق الذي هو كما يحتمل ذلك يحتمل كونها من المالك الآخر ، ولا ترجيح ـ لأنا نقول : إن أصل الصحة يرجح الاول بل لعله كذلك حتى مع فرض عدم خطور هذا التفصيل في قصدهم ، حملاً لفعل المسلم على الصحيح في نفس الأمر .

نعم لو صرح باستحقاق العامل من نصيب كل منهما نصفه ، إتجه الفساد حينئذ ، بناء على ما سمعته في الشركة ، مع أنه قد يقال بالصحة هنا ، بدعوى كون ذلك من عمل المضاربة ، كما يومي إليه ما عساه يستفاد من إطلاق عبارة المتن والقواعد من عدم الفرق في الحكم المزبور بين امتزاج المالين وعدمه ، كما اعترف به الكركي في شرحه .

ولا ريب في أن استحقاق كل منهما في ربح مال الآخر ـ المفروض تميزه مع أنه قد يختلف قلة وكثرة ، بل قد يحصل بالخسران في أحدهما دون الآخر الذي يجبر منه شيء ـ لا تقتضيه الضوابط ، بل هو إن كان ، فليس إلا من صدق كون المجموع مال مضاربة واحدة ، ولذا جعل الربح بينهما مشاعاً ، وإذا كان ذلك ونحوه من مقتضى عقد المضاربة ، فلتقتضي أيضاً التفاوت في ربح النصف ، وإن تساويا في المال ، أو التساوي فيه مع التفاوت فيه ، ويكون ذلك من أحكامها ، نحو ما لو قارض الواحد مثلاً اثنين

مثلاً على التفاوت فيما شرط لهما من الربح ، فإنه يصح ، وإن كان المشروط له الاكثر ، الأقل عملا ، لإطلاق الأدلة ، خلافاً لمالك فلم يجوز التفاوت بينهما وقد تقدم الكلام فيه سابقاً .

المسألة ﴿العاشرة : إذا اشترى عبداً﴾ مثلا ﴿للقراض فتلف الثمن قبل القبض قيل :﴾ والقائل الشيخ في محكي المبسوط ﴿يلزم صاحب المال ثمنه دائماً ، ويكون الجميع رأس ماله﴾ بجبر التالف منه بالربح ﴿وقيل﴾ و القائل ابن ادريس فيما حكي عنه ﴿إن كان أذن له في الشراء في الذمة فكذلك ، و إلا كان باطلا ، ولا يلزم الثمن أحدهما﴾ وقد عرفت فيما مضى تفصيل الحال ، من أنه إن كان الشراء في الذمة باذن المالك لزم دفع الثمن ثانياً و ثالثاً دائماً ، و إلا فإن صرح بكون الشراء له وقف على اجازته ، فإن أجاز لزمه الثمن ، و إلا بطل البيع ، و إن لم يذكره لفظاً وقع الشراء للعامل ظاهراً مع فرض كونه قد نوى المالك ، و إلا فواقعاً أيضاً ، و إن كان الشراء بالعين فهلكت قبل دفعها بطل العقد ، وهذا كله واضح .

نعم في المسالك بعد أن ذكر جميع ذلك قال : « و حيث يلزم المالك الثمن ثانياً يكون الجميع رأس ماله بجبر جميعه بالربح ، وهو جيد في غير صورة الفضولي ، أما فيها فلا يخلو من إشكال ، ضرورة عدم وقوع عقد المضاربة ، فمع فرض إجازة المالك لذلك يلحق الثمن حكم المضاربة » ولكن الانصاف عدم خلوه عن الإشكال أيضاً .

المسألة ﴿ الحادية عشرة: إذا نض قدر الربح فطلب أحدهما القسمة ﴾ لقدر الربح ﴿ فإن اتفقا صح ﴾ لانحصار الحق فيهما ﴿ و ان امتنع المالك لم يجبر ﴾ لما فيه من الضرر عليه ، لاحتمال خسارة مال القراض ، فيحتاج الجبر به ، أما العامل فقد يظهر من العبارة أنه ليس له الامتناع ، لأنه متى احتاج إلى الجبر احتسب على المالك ، لكن في القواعد «ان امتنع أحدهما لم يجبر على القسمة » .

و في جامع المقاصد « أما المالك فظاهر ، وأما العامل فلأنه لا يأمن أن يطرء الخسران ، وان أتلف ماوصل اليه فيحتاج الى غرم ماوصل اليه بالقسمة ، وذلك ضرر» .

وفيه منع كون ذلك ضرراً ، ضرورة امكان المحافظة عليه ، بعدم التصرف ، بل

لو أغرمه لم يكن عليه ضرر ، لأنه في مقابل ما تصرّف فيه ، والله العالم .

و على كل حال ﴿ فلو اقتسما وبقي رأس المال معه ﴾ اى مقداره ﴿ فخسر ، ردّ العامل أقلّ الأمرين ﴾ ممّا وصل اليه من الربح ، ومما يصيبه من الخسران ، لأن الأقلّ ان كان هو الخسران فلا يلزمه سوى جبر المال و الفاضل له ، و ان كان الاقل هو الرّبح فلا يلزمه الجبر الا به ﴿و﴾ كذلك ﴿ احتسب ﴾ على ﴿المالك﴾ أقلّ الأمرين من رأس المال ، هذا هو الظاهر من العبارة ، بل جزم به ثاني الشهيدين لكن عن الشهيد «أنّ المردود أقلّ الأمرين التي هي مما أخذه العامل من رأس المال لامن الربح ، فلو كان رأس المال مأة والربح عشرين ، فاقتسما عشرين ، فالعشرون من الربح مشاعة في الجميع ، نسبتها الى رأس المال نسبة السّدس ، فالعشرون المأخوذة سدس الجميع ، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال ، وسدسها من الربح ، فاذا اقتسماها استقرّ ملك العامل على نصيبه من الربح ، و هو نصف سدس العشرين ، و ذلك درهم و ثلثان ، يبقى معه ثمانية و ثلث من رأس المال ، فاذا خسر المال الباقي ردّ أقلّ الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث ، والحامل له عليه ، كما قيل :حكمهم بأنّ المالك اذا أخذ من المال شيئاً و قد ظهر ربحه يحسب ما أخذه منهما على هذه النسبة » وأفسده في المسالك « بأن المأخوذ و ان كان مشاعاً الا أنّ المالك و العامل انّما أرادا به الربح ، وحيث كان المال منحصراً فيهما فالتمييز منوط بهما ، ولو كان يدخل في ذلك من رأس المال شيء لم يصح للعامل التصرف فيه ، لأن المالك لم يأذن الا في التصرف في الربح ، ولم تقع القسمة والاتفاق الا عليه - الى أن قال - و أيضاً فتوقف ردّ العامل رأس المال على ظهور الخسران لاوجه له لأنه لايملك شيئاً من رأس المال ، وانما حقّه في الربح ، وأمّا حمله على أخذ المالك فليس بجيّد ، لأنّ المالك لايأخذ على وجه القسمة ، وانما يأخذ ما يعدّه ملكه ، فلماكان فيه ربح و هو شائع دخل فيه جزء من الربح على نسبة المأخوذ ، فيحسب رأس المال بعد ذلك على حساب ما يبقى بعد توزيع المأخوذ على الأصل والرّبح ، وأين هذا من أخذ العامل الذي لايستحق الا في الربح ، ولايقاسم المالك الا عليه خاصة »

قلت : قد يكون منشأ كلام الشهيد عدم تشخص الربح عن رأس المال باتفاقهما على أنه ربح ، لعدم دليل على ذلك ، والأصل بقاء اشاعته حتى تنفسخ المضاربة ويتسلم المالك رأس ماله ، وحينئذ يتجه كلامه .

لكن يشكل بأنه لا دليل على استقرار ملكهما للحصة من الربح بذلك ، ما دامت المضاربة غير منفسخة حتى لو رضي المالك بأن يكون الباقي رأس مال ، فانه لا يلتزم بذلك ، بل له الرجوع عنه ، لعدم استقرار كون ذلك ربحاً ، الى أن ينتهي عمر المضاربة ، والفسخ أو الانفساخ كما تقدم الاشارة الى ذلك فيما تقدم .

نعم لهما الاتفاق على التصرف في المقدار الذي تراضيا عليه سواء وجدا معه صورة القسمة أولا برضى منهما وما يتبعه من رأس المال يكون تصرف العامل فيه برضى المالك ، كما اذا لم يكن ثم ربح .

اللهم الا أن يقال : ان ذلك من المالك فسخ للمضاربة فيما يخصه من رأس المال، لأنه برضاه قد أخرجه عن المضاربة ، حتى الذي قبضه العامل ، فيستقر حينئذ ملكهما على ما خص ذلك من الربح ، لانفساخ المضاربة ، كما تعرفه انشاءالله تعالى في المسألة الرابعة عشر ، و به حينئذ يتم كلام الشهيد ، فتأمل جيداً ، كما أنه ينبغي التأمل فيما سمعت من أن للمالك والعامل الاتفاق على تشخيص الربح من رأس المال ، و اخراجه عن الاشاعة مع بقاء المضاربة على حالها ، بحيث يكون الباقي رأس المال و ما شخصاه ربحاً ، فانه محتاج الى التأمل .

المسألة ﴿ الثانية عشرة لايصح أن يشترى رب المال من العامل شيئاً من مال القراض ﴾ بلاخلاف ولااشكال لأنه ماله ﴿ ولا أن يأخذ منه بالشفعة ﴾ لذلك أيضاً بخلاف العكس ، فان للعامل الشراء من المالك وله الأخذ بالشفعة منه ، كما هو واضح.

لكن في القواعد « إن ظهر ربح بطل البيع في نصيبه منه » ولعل المراد إذا كان الربح ظاهراً وقت الشراء ، لعدم جواز شراء ملكه ، لا ما إذا تجدد ، فإنه حينئذ له والثمن صار من مال المضاربة كما هو واضح .

وكذا لو ظهر في المال ربح جاز للمالك شراء ما يخص العامل ، بناء على ملكه

بالظهور ، وإنّ كان متزلزلا ، فإنّ تزلزله لايمنع من بيعه ، بل يقوى في النظر وقوعه لازماً وإن تجدّد الخسران بعد ذلك واحتاج إلى الجبر ، فيجبر حينئذ بقيمته كما لو أتلفه ، وربما احتمل انفساخ البيع ، لكنّه في غير محلّه ، وأما الأخذ بالشفعة ففي المسالك «هو ممكن» أي بعد ظهور الربح على نحو ما سمعته في شرائه ، لكن قد يناقش بمنع ذلك فيما لو كان الربح مقارناً للشراء ، فضلاً عما لو تجدّد ، لعدم ملك العامل حينئذ بعض الشقص بالشراء ، بل هو بالشرط الحاصل في المضاربة ، فلاشفعة حينئذ فيما ملكه بذلك ، و إن صار شريكا مع المالك لم يقاسم إلا أنه ليس بالشراء الذي هو موجب الشفعة ، والله العالم .

﴿وكذا لايشترى من عبده القن﴾ لماعرفت في محلّه أنه لايملك شيئاً «ولايبيع إلا في ملك» من غير فرق بين المأذون و غيره ، لكن حكى عن الشيخ قولا بأن المأذون إذا ركبته الديون جاز للسيّد الشراء منه ، و هو قول لبعض الشافعية ، لأنه لاحقّ للسيّد فيه ، وإنما هو حقّ الغرماء و فساده ظاهر، كما في المسالك قال: «فإن استحقاق الغرماء ما في يده لايقتضى خروج ذلك عن ملك السيّد ، كتعلق حقّهم في مال المفلس نعم للسيّد أخذ ذلك بقيمته ، لأنه أحق بماله مع بذل العوض ، إلاّ أنّ ذلك لايعدّ بيعاً ، كما يأخذ العبد الجاني خطأ ويبذل قيمته» .

﴿و﴾ على كلّ حال ﴿يجوز﴾ له الشراء من المكاتب ﴿المطلق والمشروط ، لأنّ ما في يده ملك له ، وسلطنة المولى قد انقطعت عنه ، فساوى غيره من الملاك ، و لهذا لوانعتق لم يكن للمولى مافي يده ، وإن كان الملك في المشروط أضعف منه في المطلق من حيث امكان ردّه في الرّق أجمع ، فيرجع مافي يده إلى ملك السيّد ، وليس كذلك المطلق الذى يحسب ما في يده من مال الكتابة لواحتيج إليه والله العالم .

المسألة ﴿الثالثة عشرة: إذا دفع مالاقراضاً وشرط أن يأخذ له بضاعة قيل :﴾ كما عن الشيخ في المبسوط ﴿لايصحّ لأنّ العامل في القراض لايعمل ما لايستحق عليه أجراً﴾ فيفسدالشرط ويتبعه العقد ، ولولأنّ قسطالعامل حينئذيكون مجهولاً لاقتضاء الشرط قسطاً من الرّبح ، وقد بطل فيبطل ما يقابله فتجهل الحصّة .

﴿ و قيل يصحّ القراض و يبطل الشرط ﴾ خاصة ، لأن البضاعة لايلزم القيام بها ، فلايفسداشتراطها ، بل يكون لاغياً لمنافاته العقد .

﴿ ولو قيل بصحّتهما ﴾ معاً ﴿ كان حسناً ﴾ لإطلاق الأدلّة و عمومها التي منها [1] «المؤمنون عند شروطهم» [2] « وتجارة عن تراض » و غيرهما ، والقراض إنما يعتبر عدم خلوّ عمله نفسه عن جزء من الربح ، لامطلق العمل - و إن لم يكن من القراض ، ولكنّه قد اشترط في عقد القراض .

نعم يبقى الكلام فيمعنىصحّة الشرط ، فيالعقد الجائز الذى قد تقدمالبحث فيه سابقاً .

لكن قد يقال: - فيخصوص المقام الذي هوشبه المعاوضة و أن المالك لمبجعل الحصّة المزبورة للعامل إلاّ في مقابلة أخذ البضاعة - إنه لوربح ولم يف بالشرطكان للمالك الفسخ ، و يأخذ الربح كلّه ، و للعامل أجرة المثل في وجه ، ولا شيء له في آخر .

إلا أنهكماترى لاينطبق على القواعد ، وعلى ما اشتهر فيما بينهم من عدملزوم الوفاء بالشروط في العقود الجائزة ، و أنّ حالها كحال الوعد ، و ليس فائدة الشرط فيها فائدته في العقد اللازم من التسلط على الفسخ ، مع عدم الوفاء به الذى هو واجب على من اشترط عليه ، لعموم الأمر بالوفاء في العقد ، فتأمّل جيّداً ،خصوصاً ما في جامع المقاصد والمسالك هنا ، فإنه لايخلو من شيء ، و قد تقدم هنا سابقاً ماله نفع في المقام .

المسألة ﴿ الرابعة عشرة : اذا كان مال القراض مأة ﴾ مثلاً ﴿ فخسر عشرة ﴾ مثلا ﴿ و أخذ المالك ﴾ منه بعد الخسارة ﴿ عشرة ﴾ مثلا ﴿ ثم عمل ﴾ ما بقى منه ﴿ بها الساعي فربح ، كان رأس المال تسعة و ثمانين إلاّ تسعاً ، لأنّ المأخوذ محسوب من رأس المال ، فهو كالموجود فاذاً المال في تقدير تسعين ، فإذا قسّم الخسران ، و هو

(١) الوسائل الباب -٢٠- من ابواب المهور الحديث -٤- .

(٢) سورة النساء الاية ٢٩- .

عشرة على تسعين ، كانت حصّة العشرة المأخوذة ديناراً وتسعاً ، فيوضع ذلك من رأس المال ويجبر الباقي ، لأن الربح إنما يجبر خسران المال الذي ربح ، أي مال المضاربة الباقي على المضاربة ، لا مطلق الخسران ، فإذا أخذ المالك شيئاً بعد الخسران كان من جملة رأس المال ، فلابد أن يخصّه من الخسران شيء ، فيسقط من أصل الخسران لأنه خسران غير المال الذي ربح أي مال المضاربة الباقي في يد العامل ، ضرورة أنّ أخذ المالك العشرة منه استرداد من العامل ، و إبطال للمضاربة فيها فلابد أن يتبعها ما خصّها من الخسارة السابقة على أخذها ، والضابط في معرفة ذلك نسبة المأخوذ إلى الباقي ، وتوزيع الخسران عليه أجمع، فيخصّه على مقتضى نسبته، ففي المقام نسبته تسع ، فيخصّه تسع العشرة التي هي الخسارة ، و هو واحد وتسع ، فيبقى منه تسعة إلا تسع ، تجبر من الربح المتجدّد ، ولو فرض أنه أخذ نصف التسعين الباقية بعد خسارة العشرة ، بقي رأس المال خمسين ، منها خمسة وأربعون موجودة ، ويتبعها نصف الخسارة ، وهو خمسة ، وهي التي تؤخذ من الربح المتجدد لو فرض .

وكذا في طرف الربح ، بمعنى أنه يحسب المأخوذ من رأس المال والربح ، فلو كان المال مأة وربح عشرين . فاخذها المالك بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلث ، لان المأخوذ سدس المال جميعه الأصل والربح ، وسدس أصل المال ستة عشر وثلثان ، وسدس الربح ثلاثة وثلث ، وهي حظّه من الربح ، إلا أنه يستقرّ ملك العامل على نصف المأخوذ من الربح ، وهو درهم وثلثان ، وذلك لبطلان المضاربة في أصله ، وهو السدس الذي استردّه المالك ، وحينئذ فلو انخفض السوق وعاد ما في يده الى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذه من العامل إذا فسخ المضاربة ، ليتمّ مع ما أخذه سابقاً المأة ، بل للعامل من الثمانين درهم وثلثان ، وهما نصف الربح الذى قد أخذه المالك في ضمن العشرين ، وقد عرفت استقرار ملك العامل عليه بفسخ المالك المضاربة في العشرين ، هذا .

ولكن الإنصاف عدم خلوّ المسألة الأولى عن إشكال ، باعتبار عدم ثبوت ما يقتضي شيوع الخسارة على المال كلّه ، على وجه لو أخذ المالك بعض المال يلحقه

بعض الخسارة ، وإنما المنساق احتساب ما يأخذه المالك من رأس المال ، وأمّا الخسارة السابقة على ذلك فتجبر بما بقي من مال المضاربة ، إذ المالك قد أخذ العشرة مثلاً مستحقة للجبر ، ودعوى ـ أنّ الذي يجبر هو المال الذي ربح ـ واضحة الفساد ، ضرورة جبر المال الذي وقعت عليه المضاربة بربح أيّ جزء من مالها ، من غير فرق بين ما ربح منه وما لا يربح ، بل قد يعمل العامل ببعض دون بعض ، كما أنه قد يربح بعض دون آخر ، وأخذ المالك لا يزيد على دفع العامل له بعنوان ردّ رأس المال له شيئاً فشيئاً ، وربما يشهد لبعض ما ذكرنا من السيرة على تناول المالك والعامل من مال المضاربة ، ثم الحساب بعد ذلك من دون أن يلحق ما عند المالك أو العامل من الخسارة أو غيرها ، ولكن يحتسب ما عنده من رأس ماله عليه ، ثم يقسّم الباقي إن كان ، فتامل جيّداً . والله العالم .

المسالة ﴿ الخامسة عشرة : لا يجوز للمضارب ﴾ أي العامل ﴿ أن يشتري جارية يطاها ، وإن أذن له المالك ﴾ بذلك ، إلا أن يستفاد منه التوكيل على التحليل أو العقد عليها بعد الشراء ، بناء على صحّة مثل هذا التوكيل ، نحو الإذن في شراء عبد له وعتقه عنه ، أو دار ووقفها ، وغيرهما .

﴿ و ﴾ لعلّ ذلك هو المراد مما ﴿ قيل : ﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن نهايته أنه ﴿ يجوز مع الإذن ﴾ فلا يردّ عليه حينئذ أنّ الإذن السابقة لا تثمر ، لأن التحليل إمّا عقد أو تمليك ، وكلاهما لا يقعان قبل الملك ، بل يمكن حمل الخبر الذي ذكروه مستنداً للشيخ على ما ذكرنا .

وهو خبر الكاهلي [1] عن أبي الحسن عليه‌السلام « قال : قلت : رجل سالني أن أسالك إنّ رجلاً أعطاه مالاً مضاربة ليشتري له ما يرى من شيء ، وقال له : اشتر جارية تكون معك ، والجارية إنمّا هي لصاحب المال ، إن كان فيها وضيعة فعليه وإن كان ربح فله ، فللمضارب أن يطاها ؟ قال : نعم » فلا حاجة حينئذ إلى المناقشة في سنده ـ مع أنه من الموثق الذي هو حجّة عندنا ، بعد انصراف ابن زياد في سنده

(١) الوسائل الباب ١١ ـ من ابواب أحكام المضاربة الحديث ـ ١ ـ

إلى ابن أبي عمير ، لغلبة التعبير به عنه ، ولا في متنه بظهوره في كون الجارية من غير مال المضاربة ، ولذا كان ربحها للمالك ووضيعتها عليه ، وعدم الإذن فيه بالوطي - لإمكان دفعها بانه يدلّ على تاثير الإذن السابق على الشراء ، ولا فرق بين مال المضاربة وغيره ، وظهور معك في ذلك .

نعم حمله على ما ذكرنا أولى من الجرءة به على مخالفة القواعد والضوابط ، وخصوصاً بعد تفرّد الشيخ بالعمل به على الوجه المنسوب إليه ، هذا كلّه في الاذن السابقة .

﴿ أمّا لو أحلّها ﴾ له ﴿ بعد شرائها ﴾ ولم يكن ثم ربح فيها ﴿ صحّ ﴾ قطعاً مع القطع بعدم ربح فيها فعلا ، لإطلاق الأدلّة ، ولو كان فيها ربح بني على جواز تحليل أحد الشريكين للاخر ، وقد ذكرناه في كتاب النكاح ، بل في الرياض هنا « يشكل التحليل مع عدم القطع بعدم الربح إن قلنا بالمنع في صورته ، لاحتمال الشركة الموجبة للمنع في نفس الأمر ، فيجب الترك من باب المقدمة - قال - : ويحتمل الجواز مطلقا كما قالوه لأصالة عدم حصول الظهور ، ولا ريب أن الأحوط تركه » قلت : وإن كان الأقوى الجواز لاصالة عدم الشركة .

المسالة ﴿ السادسة عشرة : ﴾ إذا مات و في يده أموال مضاربة لمتعددين ﴿ فان علم مال أحدهم بعينه كان أحق به ﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ﴿ وإن جهل ﴾ مال كل واحد منهم بخصوصه ﴿ كانوا فيه سواء ﴾ بمعنى أنه يقسّم بينهم على نسبة أموالهم ، كما في اقتسام غيرهم من الشركاء ، كما سمعته في نظائره في كتاب الصلح هذا ، إذا كانت مجتمعة على حدة ، أمّا إذا كانت مع ماله ففي المسالك « إنّ الغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك ، إن وسعت أموالهم أخذوها ، وإلا تحاصوا » .

قلت : الاصل في ذلك خبر السكوني [1] « عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي ﷺ أنه كان يقول : من يموت وعنده مال مضاربة قال : إن سمّاه بعينه قبل موته فقال : هذا لفلان فهوله ، وإن مات ولم يذكرفهو أسوة الغرماء » وفيماحضرني

---

(١) الوسائل الباب - ١٣ - من ابواب احكام المضاربة الحديث - ١ -

من نسخة الرياض شارحاً لمتن النافع « ولو كان في يده أموال مضاربة لمتعددين فمات وعلم بقاؤها في تركته فلو كان عينها لواحد منهم ، أو علمت منفردة بالقرائن المفيدة للعلم ، فلا بحث ، وإلا تحاصّ فيه أي في المجتمع من أموال المضاربة الغرماء وأرباب الاموال على نسبة أموالهم للخبر ، إلى آخره .

قلت : ليس في الخبر سوى أنّه إذا لم يذكر الميت مال المضاربة المعلوم كونه في يده فربّ المال كباقي الغرماء ، و هذا غير ما ذكره من تحاصّ الغرماء و أرباب الأموال في المال المعلوم كونه مال مضاربة لمتعدّدين ، بل أقصاه يكون مشتركاً بينهم ثم قال متّصلاً بما سمعت: « هذا إذا كانت أموالهم مجتمعة في يده على حدة ، وأمّا إذا كانت ممتزجة مع جملة ماله مع العلم بكونه موجوداً فالغرماء بالنسبة إلى جميع التركة كالشريك ، إن وسعت التركة أموالهم أخذوها ، و إن قصرت تحاصّوا ، كذا قيل ، و الوجه في حرمان الورثة ـ مع قصور التركة عن مالهم أو مساواتها له مع فرض وجود مال للمورث ـ غير واضح ، إلا مع ثبوت موجب ضمان التلف من أموالهم من تعدّ أو تفريط ، لثبوت أمانيته و عدم ضمانه للتلف إلا مع أحد الأمرين ، كما مرّ ، و الاكتفاء في الضمان باحتمال أحدهما مدفوع بالأصل ، وعموم[1] «على اليد» مخصّص بمادلّ على أمانته ، فالوجه ضرب الورثة ـ مع الغرماء في التحاصّ ، و أخذهم جميع ما لمورثهم مع العلم بعدم تلف شيء منه ، و مع احتماله يتحاصّون معهم بنسبة مالهم ويمكن حمل كلام القائل عليه بتعميم الغرماء في كلامه للورثة بضرب من التغليب .

ولكن يشكل بتوقف ذلك على معرفة مقدار مال الميت ، ومعلومية نسبته بالإضافة إلى أموالهم ، ولو جهل أشكل الحكم في ضربهم معهم في التحاص .

قلت: يمكن أن يكون المستند في الأوّل ماسمعته من النصّ المؤيد بالفتوى الذي قد تضمن الحكم بكون ربّ المال غريماً مع العلم بكون مال المضاربة في التركة وعدم ذكر الميت له بعينه .

و على كل حال فهذا كلّه مع العلم بكون المال ﴿ ف ﴾ ي التركة و أمّا مع

---

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٤ .

عدمه ـ ﴿ أن جهل كونه ﴾ أي ما في يد الميت ﴿ مضاربة ﴾ لاحتمال التلف أو غيره ﴿ قضي به ميراثاً ﴾ عند المصنف و ثاني الشهيدين و سيّد الرياض ، قضاء لحكم اليد بل لا ضمان عليه للمضاربة ، لأصالة البراءة وكونه أمانة لا يضمنها إلاّ مع التعدّي أو التفريط ، ولم يثبت ، وأصالة بقاء المال لا يقتضي ثبوته في ذمّته مع كونه امانة ، بل ولا في تركته ، وعدم الوصية به أعمّ من اقتضاء الضمان ، إذ لعلّه تلف من غير تفريط.

لكن قد تقدم في كتاب الرهن ما يستفاد منه وجه الضمان ، أو الحكم بالبقاء في التركة وإن كان لا يخلو من صعوبة ، بل منع ، أمّا الأوّل فقد يقال : إن الأصل الضمان ، لعموم [1] «اليد» وإنّما خرج الأمين الذي يدعي التلف بغير تعدّ ولا تفريط أما مع عدم دعواه فتبقى قاعدة الضمان بحالها ، لا أقل من الشك في شمول ادلة الأمين لمثل هذا الفرد ، والأصل الضمان والله العالم.

***

إلى هنا تم الجزء السادس والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمدالله ومنّه و قد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه و مقابلته للنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة المصححة بقلم المصنف طاب ثراه . ويتلوه الجزء السابع والعشرون في أحكام المزارعة و المساقاة انشاء الله تعالى

علي الاخوندي

(١) المستدرك ج ٢ ص ٥٠٢ .

فهرس

ما في هذا الجزء من أمهات المطالب

كتاب الحجر

كتاب الضمان

كتاب الصلح

فروع في احكام النزاع في الاملاك

كتاب الشركة

كتاب المضاربة

